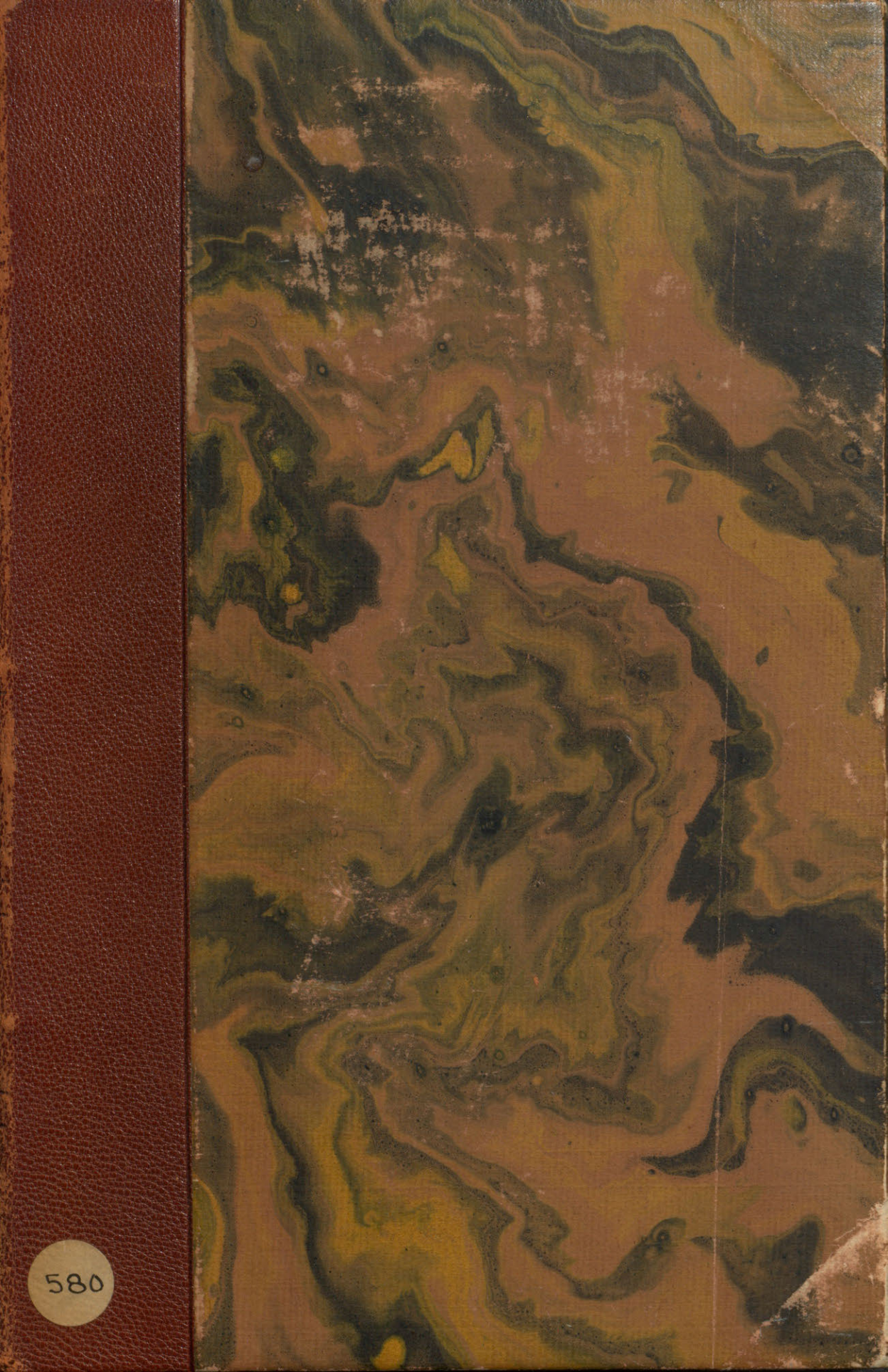




580

Ancienne Collection
OLIVIER-MARTIN

presented by
ARNOLD WAINWRIGHT, Q.C.

LAW LIBRARY

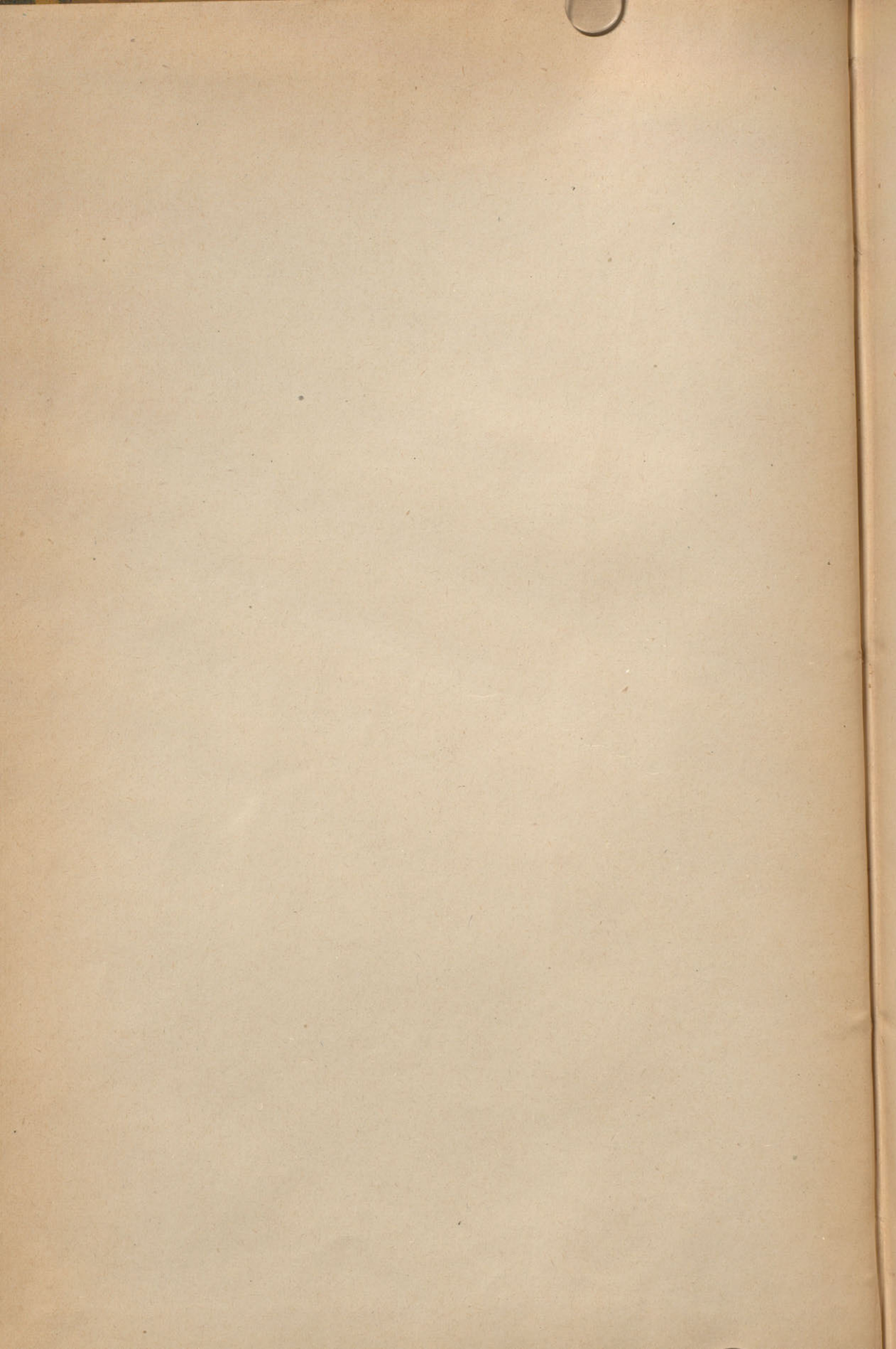


75547

1976

K39 LC
049h





BIBLIOTHÈQUE DE L'INSTITUT D'HISTOIRE, DE GÉOGRAPHIE
ET D'ÉCONOMIE URBAINES DE LA VILLE DE PARIS

HISTOIRE DE LA COUTUME

DE LA

PRÉVÔTÉ ET VICOMTÉ DE PARIS

PAR

OLIVIER MARTIN

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

TOME II. FASC. I

PARIS

ÉDITIONS ERNEST LEROUX

28, RUE BONAPARTE (VI^e)

—

1926

HISTOIRE DE LA COUTUME
DE LA
PRÉVÔTÉ ET VICOMTÉ DE PARIS

BIBLIOTHÈQUE DE L'INSTITUT D'HISTOIRE, DE GÉOGRAPHIE
ET D'ÉCONOMIE URBAINES DE LA VILLE DE PARIS

HISTOIRE DE LA COUTUME

DE LA

PRÉVÔTÉ ET VICOMTÉ DE PARIS

PAR

OLIVIER MARTIN

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

TOME II. FASC. I

PARIS

ÉDITIONS ERNEST LEROUX

28, RUE BONAPARTE (VI^e)

—
1926

HISTOIRE DE LA COUTUME DE PARIS

AVERTISSEMENT

En soumettant au public ces 300 pages assez drues, mais qui ne représentent qu'une partie du second et dernier volume de cet ouvrage, je me souviens, avec un peu de confusion, des espérances que j'entretenais en 1914 et que je laissai voir dans la Préface de mon premier volume. Si la guerre fut, pour les travaux de ce genre, une cause de suspension légitime, plusieurs années se sont écoulées depuis. Je les ai employées, certes, de mon mieux et elles ont pesé lourd sur mes épaules. Mais, depuis 1921, j'ai dû consacrer le plus clair de mon temps à un enseignement d'histoire du droit public français en doctorat, dont j'ai été chargé et dont je suis devenu titulaire à la Faculté de droit de Paris. Cette besogne professionnelle, qui n'a pas encore porté de fruits, m'a détourné, plus que je ne l'aurais voulu, de mes travaux de droit coutumier.

Je dois à l'obligeance de la Ville de Paris, mon Mécène, de pouvoir publier ce fascicule sans attendre l'achèvement du volume. On y verra, je le souhaite, un témoignage de ma volonté de mener à bien, malgré les traverses de la vie, l'œuvre allègrement entreprise au temps de ma jeunesse et qui a reçu de si précieux encouragements (1). Le second fascicule, qui est commencé, suivra, je l'espère, sans trop tarder.

Il convient d'indiquer enfin que le manuscrit dont l'impression se termine aujourd'hui, a été mis, il y a plus de

(1) En mai 1923, sur le rapport de M. Paul Fournier, l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres a décerné à mon ouvrage un prix de la valeur de 9,000 fr. sur la fondation J.-J. Berger.

deux ans, à la disposition de l'Institut d'histoire de la Ville de Paris. C'est dire que le retard dont je m'accuse a été singulièrement aggravé par les difficultés d'ordre matériel qui oppriment, en France, la publication des travaux purement scientifiques.

Paris, 18 décembre 1925.

(1) J'ai suivi rigoureusement, dans les notes de ce fascicule, les abréviations indiquées dans la *Bibliographie* jointe au t. I. Je me borne à indiquer ici deux travaux que j'ai publiés depuis : *Notes d'audiences prises au Parlement de Paris, de 1384 à 1386, par un praticien anonyme*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, 1922, p. 513-603 et tirage à part = *Notes d'audiences*; *Les Manuscrits de Simon Marion et la coutume de Paris au XVI^e siècle* dans les *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes* et tirage à part, 1922, 107 p. = *Mss. de Simon Marion*. — D'autre part, pour les arrêts du Parlement de 1328 à 1342 que j'ai cités d'après les registres originaux, j'ai pris soin d'indiquer leur numéro d'après l'Inventaire de Henri Furgeot : *Archives nationales. Inventaires et documents. Actes du Parlement de Paris, 2^e série, Jugés*, t. I^{er} (1328-1342), Paris, 1920, in-4^o = Furgeot.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
LIVRE III. — La propriété et les droits réels	1
Chapitre I. — L'acquisition de la propriété par la tradition	6
§ 1. — Les traditions symboliques	6
§ 2. — L'intervention du seigneur dans le transfert de la propriété	8
§ 3. — L'évolution vers l'investiture facultative	23
§ 4. — L'investiture facultative ; construction d'une théorie autonome du transfert des droits réels	37
Chapitre II. — La saisine et la protection possessoire	45
§ 1. — Observations générales sur la saisine au moyen-âge	46
§ 2. — Les actions possessoires au xiv ^e siècle	55
1. — La complainte en cas de saisine et de nouvelleté	56
2. — L'action de simple saisine	61
3. — La dénonciation de nouvel œuvre	64
§ 3. — Les actions possessoires après la rédaction des coutumes	65
Chapitre III. — La prescription	73
§ 1. — La prescription au moyen-âge	78
§ 2. — La prescription d'après les coutumes rédigées	82
Chapitre IV. — Epaves, trésors et confiscation	94
Chapitre V. — La revendication des meubles	103
§ 1. — La revendication des meubles au moyen-âge	103
§ 2. — La revendication des meubles d'après les coutumes rédigées	110
Chapitre VI. — Les servitudes et règlements entre voisins	120
§ 1. — Acquisition et extinction des servitudes	122
§ 2. — Les servitudes aux us et coutumes de Paris ; la mitoyenneté et les règlements entre voisins	122
§ 3. — Rapports de jurés et cas de péril	135
LIVRE IV. — Le droit familial	139
Chapitre I. — Le très ancien droit familial	141
§ 1. — Les pratiques communautaires	141
§ 2. — Les consentements familiaux	151
§ 3. — La compagnie conjugale	159

	Pages
Chapitre II. — Les communautés familiales	171
Chapitre III. — La communauté entre époux	178
Section I. — La communauté au moyen-âge (xiii ^e -xv ^e siècles) . .	178
§ 1. — Composition et fonctionnement de la communauté . .	180
La puissance maritale	184
L'incapacité de la femme mariée	198
§ 2. — Liquidation et partage de la communauté	206
Renonciation à la communauté et préciput du conjoint noble	209
Partage de la communauté	218
Section II. — La communauté après la rédaction de la coutume (xvi ^e -xviii ^e siècles)	224
§ 1. — Composition de la communauté	227
§ 2. — Fonctionnement de la communauté	233
§ 3. — Liquidation de la communauté	242
La théorie des récompenses	248
L'hypothèque légale	255
§ 4. — Les communautés continuées	261
Chapitre IV. — Le douaire de la veuve	266
§ 1. — Le douaire au moyen-âge	269
§ 2. — Le douaire d'après les coutumes rédigées	278
Chapitre V. — Les donations entre fiancés et entre époux	287
§ 1. — Les donations entre fiancés et entre époux au moyen-âge	288
§ 2. — Les libéralités entre époux d'après les coutumes rédigées	292
§ 3. — Les donations entre fiancés et les libéralités en secondes noces	298

LIVRE III

LA PROPRIÉTÉ ET LES DROITS RÉELS

GÉNÉRALITÉS ET PLAN

En décrivant, dans mon Livre II, après un aperçu sommaire de la distinction des biens, la condition juridique des fiefs, des censives et des alleux, j'ai suivi l'ordre même des préoccupations de la pratique et presque le plan des coutumes rédigées. Mais cette description doit maintenant être complétée par une étude juridique de la propriété et des droits réels envisagés en eux-mêmes. Cette complication de plan me paraît imposée par une double raison.

Tout d'abord, certaines catégories de biens et de droits réels sont restés, de par leur nature même, en dehors du régime féodal. J'ai pu sans doute définir la condition des alleux en l'opposant à celle des biens féodaux, fiefs et censives ; mais un chapitre distinct est nécessaire en ce qui concerne la propriété des meubles, qui s'est organisée en dehors de la féodalité (1). Parmi les droits réels, alors que les cens et rentes copiaient si étroitement le système des censives qu'on ne pouvait en histoire les séparer, les servitudes et les hypothèques restaient en dehors du régime féodal. Les hypothèques doivent être étudiées avec les obligations auxquelles elles sont annexées (2), mais la matière des servitudes demande un chapitre distinct (3).

D'autre part, même pour les biens ou droits réels engagés dans

(1) *Infra*, c. V.

(2) *Infra*, livre V.

(3) *Infra*, c. VI.

la hiérarchie féodale, de nombreuses questions relatives à leur acquisition, leur constitution ou leur protection se posent qui sont, en soi, indépendantes de leur aspect féodal. Sans doute l'existence de la féodalité a exercé longtemps une influence prépondérante sur la manière dont ces questions ont été tranchées ; mais le fait que cette influence a fini par être entièrement écartée montre qu'il n'existait aucun lien logique et nécessaire entre la forme féodale de la propriété et la solution de principe à donner à ces questions.

Il existe d'ailleurs une ébauche de ces théories juridiques aussi bien dans les textes parisiens du moyen-âge que dans les coutumes rédigées. Mais, comme il s'agit d'une systématisation plutôt que d'une formation proprement coutumière, on doit s'attendre à y rencontrer l'influence du droit savant. Je me bornerai à constater cette influence sur les textes d'origine parisienne, sans m'écarter de la méthode strictement monographique que je me suis assignée. Ces questions sont d'ailleurs suffisamment élucidées dans leur ensemble pour qu'il soit possible de déterminer et d'apprécier la contribution qu'apportent à leur solution la coutume et la pratique parisiennes.

Enfin la nature même de ces questions fera accepter, je l'espère, un plan systématique, plus voisin sans doute des habitudes des juristes modernes que des méthodes ou seulement des manières de voir des gens du moyen-âge. Il est bien vrai que la notion de la saisine domine la plupart de ces questions de détail et il est admissible qu'un historien du droit coutumier dans son ensemble parte de cette notion pour exposer dans son développement la théorie de la propriété et des droits réels (1). Mais j'ai pensé, après mûre réflexion, que l'historien de la coutume de Paris devait adopter un point de vue plus modeste, puisque l'état des textes dont il dispose (2) ne lui permet nullement de retracer l'histoire de la saisine, en apportant une contribution appréciable à une

(1) C'est le point de vue, notamment, où s'est placé mon collègue M. Ernest Champeaux, *Essai sur la vestitura ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse Droit, Paris, 1898, 530 p. Je me suis beaucoup servi de cet important ouvrage.

(2) Les textes juridiques parisiens sont pour la plupart de la fin du xiv^e siècle, quelques-uns seulement de la fin du xiii^e siècle ; ils ne fournissent pas d'indications décisives sur l'ancienne saisine et l'on peut, tout au plus, considérer, avec M. Champeaux, qu'ils ont gardé quelques traces des conceptions primitives au milieu de bien des déformations. — On ne saurait, en outre, présenter une notion d'ensemble de la saisine sans exposer la question de la saisine de l'héritier, de l'exécuteur testamentaire, de la douairière. Or, dans une monographie comme celle-ci, comment séparer la question de la saisine de celles du douaire, de l'hérédité et de l'exécution testamentaire ?

théorie entre toutes hérissée de difficultés et de controverses. Sans affecter d'ignorer ces questions, il me paraît préférable de présenter dans un cadre plus simple les solutions du droit parisien.

D'après les textes de la fin du XIII^e et du XIV^e siècle, la saisine apparaît comme une notion plus étendue et plus large que la possession du droit romain (1) et l'on peut admettre, sans la confondre, en rien avec la propriété (2), qu'elle a retenu certains caractères de l'ancienne saisine. Or cette saisine, en dehors de la transmission par décès que j'étudierai ailleurs, s'acquiert par la tradition — c'est le procédé primitif — et par l'appréhension pendant an et jour. Mais, alors que la tradition, du moins quand elle émane du *verus dominus*, conduit non seulement à la saisine, mais encore à la propriété, l'appréhension de fait par an et jour ne confère que la saisine avec son avantage essentiel, la protection possessoire. Pour qu'elle conduise à la propriété, elle doit réunir les conditions de fond et de délais de la prescription acquisitive. En étudiant ainsi, successivement, l'acquisition de la propriété par la tradition sous ses diverses formes, puis la saisine et la protection possessoire, et enfin l'acquisition de la propriété par la possession prolongée (3), j'ai l'espoir d'analyser les solutions parisiennes selon un plan qui, sans dérouter la logique moderne, permettra de suivre l'essentiel de l'évolution historique en ces matières si complexes. Il ne restera plus, pour épuiser la question des modes d'acquisition entre vifs de la propriété, qu'à consacrer un court chapitre à l'acquisition, d'une importance juridique et pratique moindre, des épaves, des trésors et des biens des criminels (4).

La question du retrait lignager, sous son aspect le plus technique, est étroitement liée à celle de l'acquisition de la propriété

(1) Sans doute, d'innombrables textes emploient indifféremment les mots *saisine* et *possession* ; Champeaux, p. 23, n. 1, constate que les *Olīm* emploient cette terminologie ; joignez Vidier, *Marguilliers laïcs*, dans *Mém. de la Soc. d'hist. de Paris*, t. 41, 1914, pp. 163-164. Mais le *Gr. Cout.*, p. 231 et pp. 232-233, distingue expressément la saisine de la possession, tout en reconnaissant qu'on les confond d'ordinaire. D'Ableiges ne songe, dans tous ces textes, qu'à l'avantage de la vraie saisine qui est de conférer tout de suite la protection possessoire (cf. Champeaux, p. 23) ; mais la distinction de ces deux notions s'impose pour des motifs de fond que nous apercevrons bien en étudiant les effets traditionnels de la saisine.

(2) Dès la fin du XIII^e siècle, la saisine est expressément distinguée de la propriété, comme conséquence de la distinction entre le possessoire et le pétitoire. Voyez pour le début du XIV^e siècle : *Ordre de plaidoyer*, ms. fr. 19832, f^o 12 v^o : *par si lonc temps que droit de saisine en fut acquis et par longue saisine le droit de propriété*.

(3) *Infra*, c. I, II et III.

(4) *Infra*, c. IV.

par tradition. Mais cet aspect technique est secondaire et, pour donner une juste idée de l'institution du retrait lignager, il vaut mieux la placer dans son véritable cadre, parmi le droit familial dont elle est un trait important; les détails d'organisation ont moins de sens pour l'historien que le but ou l'atmosphère des institutions qu'il étudie (1).

Mais, avant d'aborder les divers chapitres que les observations précédentes ont permis de dégager, quelques définitions ou réflexions d'ordre général seront utiles.

Au xiv^e siècle, les Maucreux, suivis par d'Ableiges, adoptent, en lui donnant d'ailleurs un sens tout différent, la distinction familière aux canonistes et aux romanistes du droit en la chose, *jus in re*, qui est le droit de propriété, et du droit à la chose, *jus ad rem*, comme l'usufruit ou le douaire des femmes (2). Mais cette distinction ne paraît pas avoir eu d'intérêt pratique, pas plus que celle, précédemment signalée et qui en est voisine, des choses corporelles et incorporelles (3).

Nous n'avons pas, d'autre part, de définition coutumière du droit de propriété (4); les précisions que donnent certains manuscrits du *Grand Coutumier* sont empruntées à la technique romaine et n'ont pas une grande signification. Dire, par exemple, que le propriétaire d'un fonds l'est *de l'abisme jusques au ciel* (5), c'est ignorer la question des carrières et des mines (6). On ne nous apprend rien non plus sur l'esprit véritable du droit parisien à nous montrer *comment chacun puet faire de sa chose a sa volenté* (7) et nous ne savons même pas si les solutions de détail déduites de ce principe par les textes romains correspondent aux vrais usages

(1) Cf. *infra*, livre IV, c. VI.

(2) *Ordre de plaidoyer...*, ms. fr. 19832, f^o 35 v^o-36; *Gr. Cout.*, p. 195; rédaction plus satisfaisante dans le ms. Vatican 4790, f^o 39 v^o; sur l'histoire de cette distinction, v. Champeaux, *Vestitura*, p. 236 et s.; Viollet, p. 599, n. 1; Brissaud, p. 1217.

(3) *Gr. Cout.*, p. 195. Voyez t. I, p. 201. L'intérêt signalé par ces textes se rattachant à la saisine sera étudié à propos de cette question.

(4) Le droit coutumier s'est moins préoccupé de définir la propriété en soi que d'en régler le partage entre ceux qui en jouissaient selon le système des tenures; l'alleu, qui seul comportait une propriété complète, était plutôt défini par les traits qui l'opposaient aux héritages féodaux: *Gr. Cout.*, p. 208; v. t. I, p. 215.

(5) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 9.

(6) Ferrière, *Corps et compilation*, II, p. 1547, n^o 10, constate que le droit du propriétaire sur le sol ne s'étend pas aux mines qui appartiennent au roi. Cf. sur cette question, qui concerne surtout le droit public, Brissaud, p. 1194. Sur le droit du propriétaire d'un champ d'y prendre de l'argile, v. t. I, p. 410, n. 3.

(7) C'est le titre d'un court chapitre ajouté au *Gr. Cout.* de J. d'Ableiges par le ms. Vatican 4790, f^o 8 v^o.

des voisins dans la région parisienne (1). Mais nous savons, par une coutume prouvée en 1369, à Paris (2), que le propriétaire d'une maison l'est aussi, sauf titre exprès, d'une cave ou d'un puits creusés sous sa maison et qu'il peut toujours s'y relier, même s'ils ont été primitivement creusés pour le service de la maison voisine par le père de famille autrefois propriétaire des deux fonds. Voilà vraiment une application pratique de l'idée que le propriétaire du sol l'est aussi du tréfonds, sauf convention contraire.

Les coutumes rédigées adoptèrent la décision de 1369 et l'étendirent même en reconnaissant le droit au propriétaire du rez-de-chaussée de construire au-dessus comme au-dessous, sans restriction, et sauf convention contraire (3). La jurisprudence paraît avoir interprété ce droit, au xvi^e siècle, d'une manière raisonnable; en dehors même de règlements de police sur la hauteur des constructions, règlements qui n'apparurent qu'assez tard, l'élévation de la construction ne doit pas être telle que le voisin en soit privé de toute lumière (4). L'art. 195 de la N. C., en permettant au co-propriétaire d'un mur mitoyen de le hausser, à ses dépens, *si haut que bon lui semble*, paraît avoir rendu la jurisprudence plus timide (5); on interdit seulement, par bienséance, aux voisins des maisons religieuses, d'élever leurs murs au-dessus de leur hauteur ancienne (6). Mais la doctrine critique l'expression trop absolue de l'art. 195, et Bourjon n'admet pas qu'un voisin, par malignité, surélève à l'excès un mur de clôture (7); il reconnaît toutefois que, s'il entend construire sur le mur, on ne peut imposer de restriction, dans l'intérêt du voisin, à son droit de propriété (8).

(1) Le texte cité à la note précédente permet au propriétaire de faire tout ce qu'il veut sur son fonds, même s'il cause préjudice aux voisins, pourvu qu'il n'ait pas l'intention de nuire : il peut ainsi, sur son fonds, couper les racines ou tailler les branches de l'arbre du voisin et retenir l'eau qui alimente son puits; cf. *Gr. Cout.*, p. 488, qui donne le texte des interdits romains *de arboribus cedendis* et *de glande legenda*. — J'expose *infra*, au c. *des servitudes*, les solutions coutumières en ce qui concerne les rapports de voisinage.

(2) *Cout. not.*, 107; le cas est exposé au n° 109.

(3) A. C., 81 = N. C., 187.

(4) Ferrière, II, p. 1545, n° 3, qui attribue au lieutenant de police la Reynie les premiers règlements limitant à 18 toises la hauteur des constructions sur la rue; Beaumanoir, n° 709, ne permet au propriétaire de surélever sa maison qu'à condition de ne pas priver son voisin de toute clarté.

(5) Laurière, II, p. 172; Ferrière, II, pp. 1623-1624, qui citent, d'après Soefve, un arrêt de 1658 ne limitant pas le droit du propriétaire. Cependant, l'art. 195 de la N. C. reproduisait l'expression même de l'A. C., 83.

(6) Ferrière, II, p. 1545, n° 4, d'après Auzanet.

(7) *Droit commun*, II, pp. 20-21, n°s 11-13, où il cite un arrêt de 1659 corrigeant celui de 1658.

(8) *Ibidem*, II, p. 21, n° 16.

CHAPITRE I

L'acquisition de la propriété par la tradition

Il est bien connu que, ni en droit romain, ni en droit germanique, la propriété ne s'acquerrait par le seul accord des volontés ; il y fallait, en outre, un élément extérieur, la tradition, qui se réalisait d'ailleurs selon des procédés divers, mais dont le but essentiel était de rendre publique l'aliénation effectuée (1). Nous suivrons tout d'abord dans les plus anciens textes concrets de la région parisienne la persistance de cette idée traditionnelle, et spécialement sous la forme des traditions symboliques. Mais bientôt l'évolution normale du système sera grandement modifiée par l'influence de la féodalité, qui marquera d'une empreinte décisive toute cette matière des transferts de propriété entre vifs. Puis, grâce à l'incessante action des praticiens, à partir de la fin du ^{xiv}^e siècle, les seigneurs perdront peu à peu leur situation privilégiée d'intermédiaires nécessaires dans toute mutation entre vifs, et une théorie autonome du transfert de la propriété entre vifs renaîtra, se reliant dans une certaine mesure à la tradition romaine. C'est cette évolution complexe dont il faut retracer les détails, en trois paragraphes d'une importance inégale.

§ 1. — LES TRADITIONS SYMBOLIQUES

On rencontre à l'époque franque, comme on sait, la tradition réelle, qui s'effectue sur la chose même devant témoins et qui est une véritable entrée en possession, et la tradition symbolique, qui a lieu devant le tribunal ou du moins en public et qui consiste dans la remise d'un objet représentant la chose même ou la puissance que l'aliénateur avait sur elle (2). Je n'ai pas trouvé trace, dans les documents parisiens, de la tradition réelle. Il est possible, au contraire, de rencontrer des exemples des diverses traditions symboliques.

(1) Cf. Brissaud, p. 1276 et s.

(2) Cf. Brissaud, pp. 1277-1284.

Vers 1090, une femme fait une donation à l'abbaye de Longpont (1) ; elle en réalise la tradition, dans les mains du prieur, par la remise d'un petit morceau de bois qui est ensuite posé sur l'autel du saint (2). Quelques années plus tard, vers 1105, Pierre Sanglier donne un moulin au prieuré de Saint-Martin des Champs et il en fait tradition en posant sur l'autel un morceau de bois sur lequel il a placé un anneau d'or (3) : nous constatons ici la présence simultanée de deux symboles, le morceau de bois représentant la chose elle-même, et l'anneau d'or qui, tiré du doigt de l'aliénateur, symbolise probablement le dessaisissement effectué (4). En 1144, l'intervention de Louis VII empêche Jean de Clamart de remettre en question une libéralité faite par un de ses parents aux frères de Saint-Lazare (5). Donnant à son agrément une forme solennelle, il investit devant témoins les frères de Saint-Lazare des biens donnés en posant sur l'autel une baguette qu'il tenait à la main (6) ; la baguette, ici, symbolise le droit auquel il renonce.

En 1185, deux chevaliers se décident, après un arrangement amiable, à restituer une censive appartenant à l'église Saint-Merry de Paris (7). Le lendemain de la composition, nous dit le texte, ils posèrent le signe de cette tradition sur l'autel de Saint-Merry (8) ; la nature du signe n'est pas indiquée ; on peut supposer que c'était la *carta* contenant les termes de l'arrangement intervenu. En 1186, Guillaume de Horreville a voulu, par disposition à cause de mort, sans doute, donner à l'abbaye des Vaux de Cernay une rente sur la prévôté de Gallardon, un peu en dehors de la région parisienne ; les deux procureurs qu'il a désignés, accédant à l'autel du saint, effectuent la tradition de la vente en y posant un livre (9) ; puis la femme et les enfants du défunt investissent l'abbé *per baculum*, par la remise d'un bâton ; ce serait peut-être

(1) *Cart. de Longpont*, n° 50.

(2) ... *et de hoc misit donum per quandam porciunculam ligni in manu Henrici prioris...* | n° 64

(3) *Liber Test.*, p. 80 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 104 : ... *et donum posuit super sanctum altare per lignum in quo posuerat anulum aureum.*

(4) J'ai déjà indiqué le symbolisme de l'anneau d'or représentant, dans la cérémonie de l'hommage, certains fiefs importants relevant de l'évêque de Paris : t. I, p. 268, n. 3.

(5) *Cart. de Paris*, n° 311.

(6) ... *per oblationem virge quam manu gestabat, supra sacrum altare beati Lazari, de predicto dono domum et fratres solempniter investivit.*

(7) *Chartes de Saint-Merry*, n° 2.

(8) ... *investiture illius signum super altare Sancti Mederici posuerunt.*

(9) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 77 : *accidentes ad altare... per librum altari superpositum investituram... facientes.*

l'évêque de Paris, rédacteur de l'acte (1). En 1243, Anseau de Fraville vend une terre à l'abbaye de Morigny ; il s'en dessaisit, ainsi que sa femme, dans les mains du seigneur, et ce dernier, à la demande des aliénateurs, investit le procureur des moines (2). Il serait sans intérêt de citer d'autres exemples d'une pratique absolument générale au XIII^e siècle et qui s'applique à tous les actes impliquant transfert de propriété : vente (3), donation (4), échange (5), dation en paiement (6), aliénation forcée (7), etc.

On aimerait connaître dans le détail, et pour la période des origines, les formalités de l'investiture seigneuriale. Pour les fiefs, nous savons qu'elles se confondaient avec celles de l'hommage ; après la dessaisine ou devest de l'aliénateur, le seigneur ensaisinait l'acquéreur après avoir reçu son hommage, et il est probable qu'aux XII^e et XIII^e siècles il lui remettait un objet quelconque symbolisant le fief (8) ; ainsi se perpétuait l'idée qui était à la base de la tradition symbolique ; d'autre part, l'hommage s'effectuant toujours devant les officiers et les principaux vassaux du seigneur (9), une suffisante publicité accompagnait l'investiture, tout comme dans le système ancien.

En ce qui concerne les censives, si la dessaisine-saisine devait se faire, en principe, par l'intermédiaire du seigneur, pratiquement les intéressés recouraient à ses agents, maires ou prévôts, chargés de percevoir ses redevances domaniales et d'administrer, comme on le dira au XIV^e siècle, sa justice foncière (10). Une telle

(1) *Ibidem*, n° 265.

(2) *Cart. de Morigny*, p. 85 : *et in ipsius Petri (le seigneur) manu predicti Ansellus et uxor ejus de dicta terra se desaisierunt et de ipsa ad ipsorum petitionem idem Petrus investivit Olivierum... pro dictis abbate et conventu*.

(3) J'ai déjà donné ci-dessus des exemples de ventes, portant aussi bien sur des biens fonciers que sur des cens ou rentes ; on peut ajouter : *Chartes de N.-D. de Maintenon*, n° 21 (1247) ; *Chartes des Vaux de Cernay*, n° 538 (1254), pour la région de Chartres ; le seigneur qui rédige l'acte s'exprime ainsi : ... *totum jus quod in dicta terra habebant in manu mea resignantes ; et ego, tanquam dominus, ad petitionem dictorum Petri et ejus uxoris, dictum Robertum de eadem terra, prout moris est, investi*.

(4) Cf., outre les exemples cités ci-dessus, *Arch. de l'H.-D.*, n° 286 (1232) : donation d'une rente.

(5) A. N., X¹A 6, f° 318 v° = Furgeot, n° 729 (8 mai 1332) ; X¹A 8, f° 213 v° (9 mars 1342) = Furgeot, n° 3998 ; *Const. du Châtelet*, § 82.

(6) X¹A 5, f° 111 = Boutaric, n° 6446 (1^{er} août 1321) ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 29.

(7) X¹A 5, f° 120 v° = Boutaric, n° 6465 (1^{er} août 1321).

(8) Cf. les textes cités t. I, p. 268. Ces textes, sans doute, se réfèrent à l'hommage rendu au nouvel évêque par les vassaux en possession ; mais il n'y a aucune raison de ne pas admettre le même formalisme lorsque l'acquéreur offrait l'hommage.

(9) T. I, p. 266.

(10) Le *Gr. Cout.*, p. 646, rattache à la justice foncière le droit de prendre ventes et saisines, c'est-à-dire le droit d'effectuer les dessaisines-saisines.

pratique est attestée dès le ^{xiii}^e siècle (1). Il est probable qu'au moment de l'investiture, un objet quelconque symbolisait la chose aliénée ; quand, à la fin du ^{xiv}^e siècle, J. d'Ableiges nous parle encore de la remise d'un fêtu (2), il faut y voir une survivance et non une exigence nouvelle ; mais je n'ai rencontré qu'un seul témoignage du début du ^{xiv}^e siècle mentionnant une investiture émanant d'un officier seigneurial *per tradicionem quarumdam litterarum super contractu donationis predictae confestarum* (3). Et cette intéressante mention nous ramène à l'une des traditions symboliques les plus répandues, la *tradicio per cartam*.

Il n'y a pas lieu davantage de douter que cette investiture s'effectuait au cours des audiences publiques tenues périodiquement par les officiers seigneuriaux ; nous en avons, outre les vraisemblances générales, la preuve directe, pour la fin du ^{xiii}^e siècle, dans les sentences du Parloir aux Bourgeois (4). Et si le Registre civil de Villeneuve-Saint-Georges, qui mentionne nombre de contrats translatifs passés en justice, ne contient pas d'investitures (5), c'est que, très probablement, les officiers de cette justice en tenaient un registre distinct, pratique qui est avérée un peu plus tard, par exemple, pour les marguilliers laïques de l'église de Notre-Dame de Paris (6). L'investiture est donc entourée de la publicité la meilleure qui soit pour les idées du

(1) *Cart. de Saint-Germain en Laye*, p. 20, acte de nomination du maire féodé de Saint-Germain (^{xii}^e s.) : *si quis de aliquo revestendus fuerit, jussu prioris revestietur per manum majoris et ipse major quod pro revestitura habere debet habebit* ; un acte sans date du *Cart. de N.-D. de Paris*, III, pp. 359-360, donne à un maire le quart des ventes ; c'est la preuve qu'il est chargé des investitures ; *Cart. de la Confrérie N.-D.*, n° 3 (1220) : un meunier, qui a reçu de la confrérie un moulin à charge d'une rente perpétuelle, lui baille une maison en contre-garantie et la fait *investiri per majores dominorum fundi terre*.

(2) *Gr. Cout.*, p. 264.

(3) *Olim*, III, pp. 689-690, n° LIII (1311).

(4) *Edit. Leroux de Lincy*, p. 132 (27 juin 1296) ; p. 147 (18 nov. 1299) ; p. 150 (11 janvier 1300) ; p. 163 (19 oct. 1304). — Il n'y a d'ailleurs pas trace d'une publicité particulière à cette occasion : sans doute l'arrêt de 1332, cité *suprà*, p. 10, n. 5, fait mention qu'un cens a été vendu par les gens du roi : *adhibitis bannis solemniter juxta consuetudinem Parisius, auctoritate regia, dictos conjuges missos esse in possessionem...* ; mais il s'agit à mon sens de la publicité qui accompagne normalement l'adjudication par décret, et non d'une publicité spéciale pour l'ensaisinement.

(5) Cf. Tanon, *l'Ordre du procès civil au ^{xiv}^e siècle au Châtelet de Paris*, 1886, qui publie ce registre comme pièce justificative, pp. 85-165, et qui indique, pp. 74-75, les principaux contrats passés en justice.

(6) Cf. Vidier, *Les marguilliers laïcs de N.-D. de Paris*, *Mém. de la Soc. d'hist. de Paris*, t. 40, 1913, p. 300. Ce registre, conservé aujourd'hui à la Bibliothèque nationale, contient des copies d'actes de vente d'héritages et de rentes à partir du ^{xv}^e siècle, *desquelz heritaiges et rentes*, nous dit l'intitulé, *les acheteurs et acquesteurs ont esté saisis par lesdits marguilliers ou l'un d'eulx procureur des autres, ainsy qu'il est escript en la fin de chacune desdites coppies*.

moyen-âge, la publicité de l'audience ordinaire de la justice du fief ; et, ici encore, nous retrouvons un trait essentiel de l'ancienne tradition symbolique, qui s'effectuait en justice, alors qu'une conception plus moderne de la publicité conduisait les justiciers fonciers à garder le souvenir des investitures en les mentionnant, d'abord sur le registre ordinaire de leur justice, puis sur des registres spéciaux, sans doute à la disposition des tiers intéressés (1).

L'investiture en elle-même comportait deux actes distincts : l'aliénateur renonçait à ses droits, il se dessaisissait ou se devêtait dans la main du seigneur ou de son officier ; puis ce dernier, sur la demande expresse de l'aliénateur, vêtait ou ensaisinaït l'acquéreur (2). Ce sont ces deux termes, seuls essentiels, qui apparaissent dans nombre d'actes, sans qu'il soit fait mention d'un symbole ou d'une publicité quelconque ; l'investiture se ramène ainsi à une opération toute mécanique où le seigneur s'interpose un instant de raison pour recueillir les droits dont l'aliénateur se dépouille et les retransférer immédiatement à l'acquéreur. De fait, nous savons que le seigneur ne peut retenir, en désintéressant l'acquéreur, le bien roturier dont la saisine lui a été un instant remise ; et, comme l'acte ne mentionne pas d'ordinaire le droit léger de saisine, payé en toute hypothèse, ou l'important droit de mutation, perçu dans certains cas, on n'aperçoit pas nettement, en ce qui concerne les censives, le but de l'investiture seigneuriale. Concevable pour les fiefs, parce qu'elle se confond pratiquement avec l'hommage, nécessaire pour sauvegarder les droits éminents du seigneur, et parce qu'elle lui permet d'exercer la précieuse prérogative du retrait féodal, elle apparaît, pour les censives, où n'existent ni l'hommage ni le retrait, comme une complication inutile, greffée sur l'ancienne tradition intervenant entre les parties.

Et, cependant, il est bien certain que l'investiture seigneuriale est obligatoire, non seulement pour les fiefs, mais encore pour les censives ; nous la retrouverons telle à la fin du xiv^e siècle (3), malgré une réaction déjà vive de la pratique, et le principe de l'obligation est posé fort clairement par un arrêt du Parlement

(1) C'est ce qu'affirme Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 1, gl. I, n° 29 (I, p. 31), en protestant avec sa véhémence habituelle contre l'ignorance crasse de ceux qui veulent tenir cachés ces livres censiers.

(2) Je renvoie aux nombreux textes cités littéralement dans les notes précédentes, sans insister sur les termes employés : les mots *vêtire* et *saisine* et leurs dérivés sont utilisés indifféremment et quelquefois simultanément.

(3) *Gr. Cout.*, p. 233 ; *Cout. not.*, 72, 124 (1372) = *Ps. des Marès*, 189 ; je reviendrai sur ces textes *infra*.

de 1311 (1). Une donation a été faite consistant en une maison assise en la censive de Saint-Martin des Champs et en une stalle dans la censive du roi ; la dessaisine-saisine a été faite seulement devant le prévôt de Saint-Martin ; l'arrêt déclare que la donation n'est pas valable en ce qui concerne la stalle relevant du roi. On ne s'expliquerait d'ailleurs pas autrement que par l'idée d'obligation l'extension de la pratique incommode de l'investiture seigneuriale. Les quelques exceptions au principe qu'on rencontre dans les textes ne sont qu'apparentes et, à mon sens, confirment la règle.

Tout d'abord, il est très simple que, quand la chose est vendue directement par le seigneur, il ne soit pas fait mention de dessaisine ; le seigneur se borne à déclarer qu'il investit l'acheteur ou qu'il lui fait tradition de la chose (2). Quand le seigneur acquiert une chose relevant de lui, on pourrait concevoir inversement une simple dessaisine de la part de l'aliénateur ; mais la pratique, accoutumée à la dessaisine-saisine, cherche à en reproduire le mécanisme, même en dehors des principes. Ainsi, en 1246, Mathieu Boniface, marguillier laïque de Notre-Dame, vend à l'évêque de Paris une rente sur le travers de Conflans, rente qu'il tient en fief dudit évêque (3) ; l'aliénateur se devêt dans les mains de l'archidiacre de Paris, rédacteur de l'acte qui, sur sa demande, investit un chanoine représentant l'évêque ; les parties ont ici visiblement copié le mécanisme de l'investiture seigneuriale (4).

Nous avons deux exemples, de la seconde moitié du XII^e siècle, de dîmes inféodées données par des laïques à Saint-Martin des Champs ; ces dîmes sont d'abord remises dans les mains de l'évêque de Paris, qui en investit le prieur (5). Il est à la rigueur possible, mais assez peu vraisemblable, que l'évêque de Paris

(1) *Olim*, III, pp. 689-690, n° LIII ; les *Const. du Châtelet de Paris*, §§ 85-86, considèrent l'investiture seigneuriale comme allant de soi, sans poser cependant le principe de l'obligation. — *L'Ordre de plaidoyer*, ms. fr. 19832, f° 26, déclare qu'il est impossible d'acquérir la saisine sans l'intervention du seigneur.

(2) *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 468 (1193) ; Félibien, III, pp. 209-210 (1255) = *Chart. Univers. Paris.*, I, pp. 290-291.

(3) *Arch. de l'H.-D.*, n° 514 ; cf. Vidier, *Marguilliers laïcs*, loc. cit., pp. 384-385.

(4) En 1372 (Vidier, loc. cit., 1914, pp. 172-174), les marguilliers laïques de Notre-Dame échangent avec l'évêque, contre d'autres rentes à assigner en lieu sûr, une rente sur le travers de Conflans, pour laquelle ils font hommage à l'évêque. Ce dernier, qui rédige l'acte, déclare, après avoir reçu dans ses mains le devest des marguilliers : *ipsum redditum... recepimus et... dominio nostro... perpetuo univimus*.

(5) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 406 (1169-1170) et n° 423 (1174-1175) ; ce dernier acte, pour marquer le dessaisissement, emploie le mot *verpivit*, peu courant dans les actes parisiens.

reçoive l'hommage pour ces dîmes. Cette hypothèse est exclue dans un autre cas, de 1208 : Guy de Lévis vend à son frère Philippe, archidiacre de Poissy, la dîme des Loges, relevant féodalement de Pierre des Loges, et Philippe donne cette dîme à l'abbaye de La Roche ; Guy de Lévis, puis Pierre des Loges, seigneur féodal, se devêtent successivement dans la main de l'évêque de Paris, qui investit l'abbaye donataire (1). Ici, selon les principes, l'investiture devrait être faite par Pierre des Loges. Si l'évêque de Paris intervient, c'est, à mon sens, parce qu'il a un droit général sur les dîmes de son diocèse (2). En raison des doutes que conçoivent à cette époque, sur la légitimité de leur droit, les possesseurs de dîmes inféodées, l'intervention de l'évêque s'explique en somme par les motifs qui justifient l'investiture seigneuriale ordinaire.

En 1213, l'évêque de Paris intervient comme arbitre dans une contestation relative à une maison située près de Saint-Landry et dont rien n'indique qu'elle soit dans sa censive, maison qui a été donnée à l'Hôtel-Dieu par un ménage parisien (3) ; il décide les enfants des donateurs, moyennant une rente viagère, à renoncer à leurs réclamations ; les plaignants se devêtent dans les mains de l'évêque qui, de leur consentement, investit l'Hôtel-Dieu. Ici l'intervention de l'évêque, en tant qu'il ne serait pas seigneur foncier, s'explique par sa qualité d'arbitre et par le fait que la donation dont il s'agit a sans doute fait l'objet antérieurement d'une investiture seigneuriale ordinaire ; il prend une précaution surérogatoire, en quelque sorte, en procédant à une nouvelle dessaisine-saisine en ce qui concerne les droits éventuels des plaignants.

Tous ces cas particuliers se ramènent ainsi à la règle générale et nous n'aurons pas plus de peine à expliquer, en temps voulu, les actes assez nombreux du XIII^e ou du XIV^e siècle qui comportent dessaisine-saisine dans les mains du rédacteur de l'acte.

Ayant ainsi précisé dans la mesure du possible, et pour l'époque ancienne, les formalités de l'investiture seigneuriale, il convient d'en déterminer l'exakte portée. Il me paraît vraisemblable qu'à l'origine le seigneur y procédait en connaissance de cause ; la présence obligatoire de l'aliénateur facilitait ses recherches ;

(1) *Cart. de la Roche*, n° 15.

(2) Cf. Viard, *Histoire de la dîme ecclésiastique dans le royaume de France aux XII^e et XIII^e siècles*, p. 153 et 175, qui donne pour d'autres régions des exemples analogues. #

(3) *Arch. de l'H.-D.*, n° 111.

bb. de St. Martin des Champs, n° 746 (127-128)
L'archev. de Sens investit Foulques, prieur de
Cannes, d'une dîme donnée par Guiberr, clerc.

[14.1.27]

il avait été reçu antérieurement à l'hommage ou ensaisiné de la censive ; il était resté, d'autre part, assez longtemps en saisine pour voir éteints par la courte prescription d'an et jour tous les droits éventuels possédés par des tiers. L'aliénateur ayant ainsi établi sa qualité de *verus dominus* et présentant lui-même son acquéreur, la régularité de l'opération était certaine et le seigneur pouvait procéder à la réception en foi ou à l'ensaisinement. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que l'hommage s'effectuant devant les vassaux, et la dessaisine-saisine devant l'officier de justice, tout se passait avec un certain appareil judiciaire et public permettant de régler au surplus les contestations qui pouvaient être élevées par des tiers contre l'investiture demandée (1).

Nous avons quelques traces de ce régime ancien en ce qui concerne les fiefs ; j'ai déjà cité (2) un arrêt de la Cour des Pairs de 1216, encore reproduit par certains manuscrits du Grand Coutumier et décidant que le seigneur, après l'hommage, ne peut recevoir en foi un autre vassal, ni troubler le premier vassal qui remplit ses devoirs ; en conséquence de ce principe, encore au début du xiv^e siècle, lorsque deux vassaux se disputent un fief, leur différend est vidé avant l'hommage (3).

Mais il est bien certain que ce régime primitif ne se maintint ni pour les censives, ni pour les fiefs. L'investiture seigneuriale, bien que publique dans son essence, ne comportait pas une organisation suffisante de la publicité à l'encontre des tiers pour qu'on pût, sans imprudence, lui attribuer les effets radicaux d'une procédure de purge. Les seigneurs devaient être tentés d'autant moins d'assumer une telle responsabilité que les droits réels se multipliaient en même temps qu'apparaissaient les longues prescriptions qui devaient compliquer singulièrement la situation de la propriété. Ils prirent l'habitude, et sans doute de bonne heure, de procéder à l'investiture en réservant, à côté de leur droit propre, les droits d'autrui. Je trouve de cette réserve un exemple de 1253, pour Pontoise, en dehors de la région parisienne (4). Et il n'y a pas de doute que la règle soit suivie à Paris.

(1) En ce sens et pour le droit coutumier en général, Brissaud, pp. 1288-1289.

(2) T. I, p. 275, n. 1.

(3) Textes cités t. I, p. 273, n. 3. — Il est probable aussi que, dans le régime primitif, le seigneur ne pouvait plus réclamer les droits de mutation après l'ensaisinement ; il en reste quelque trace au xiv^e siècle, car le seigneur qui a reçu son vassal en foi ne peut plus saisir au fief, mais seulement agir par voie d'action contre le vassal.

(4) Bibl. nat., *Collection du Vexin*, 14, n^o 954.

au XIII^e siècle (1), comme au XIV^e siècle (2), et pour les fiefs aussi bien que pour les censives, bien que la formule d'hommage reproduite par d'Ableiges ne mentionne pas cette réserve (3). La règle admise, le seigneur ne court aucun risque à procéder à l'investiture et cette opération, surtout pour les censives, devient sans doute de plus en plus une formalité mécaniquement expédiée, sans examen au fond des droits des parties. La réception en foi, elle-même, quoique de plus de conséquence, ne crée plus au profit du vassal une situation définitive ; sans doute le seigneur, de sa propre initiative, ne la remettra pas en cause, mais une décision de justice pourra l'obliger à recevoir en foi un vassal ayant prouvé son meilleur droit.

Il suit de là que l'investiture seigneuriale ne confère nullement à l'acquéreur une propriété incontestable, purgée de tous les droits que des tiers pourraient invoquer sur la chose. Elle ne change en rien la situation juridique respective des intéressés ; si l'aliénateur est vraiment propriétaire, sa propriété sera bien transportée à l'acquéreur par l'effet du contrat suivi de l'investiture, mais elle reste grevée des charges réelles qui l'affectaient dans les mains de l'aliénateur (4). Et si ce dernier n'est qu'un propriétaire apparent, l'acquéreur, même investi par le seigneur, n'est nullement à l'abri des réclamations du véritable propriétaire (5). L'investiture n'est pas l'acte final d'une procédure de purge et nous verrons les acquéreurs, inquiets de bonne heure des multiples charges occultes qui pèsent sur la propriété, chercher, dans la procédure bien différente du décret volontaire, ces utiles effets de purge (6). L'investiture n'est même qu'un point de départ, puisqu'elle fait courir le délai d'an et jour accordé aux

(1) *Sent. du Parloir aux Bourgeois*, p. 132 (27 juin 1296).

(2) *Olim*, III, p. 656, n° XXV (1311) : arrêt adjugeant à un donataire qui établit la priorité de son titre une maison vendue et dont la saisine avait été transmise *per dominum loci* ; *ibidem*, p. 1358, n° XXIV (1318) : l'acquéreur d'une maison plaide en vain contre un censier qui a acquis des cens sur la maison et a été ensaisiné *per dominum fundi*. La possibilité même de ces procès aux résultats divers serait exclue si l'investiture seigneuriale valait contre les droits des tiers.

(3) Pour les censives, cf. *Gr. Cout.*, p. 265 ; pour les fiefs, la formule des pp. 273-274 ne mentionne pas la réserve, mais elle existe dans celle que reproduit Boutillier, *Somme rural*, I, 82, p. 478.

(4) C'est ce que prouve l'arrêt de 1318 cité à la note 2.

(5) Arrêt de 1311 cité à la note 2.

(6) Voyez déjà un acte de 1310, *Cart. de N.-D. de Paris*, III, pp. 242-244. L'évêque de Paris a acquis divers immeubles dans sa censive ; ayant appris que certains voulaient s'opposer, il demande au prévôt de Paris de mettre ces biens dans la main du roi et de les faire crier pour qu'on ne put dire que ladite vente n'ait été faite au veu et au sceu de chacun et pour qu'on put s'opposer par raison de successions, d'eschances, d'obligations ou autrement. Les

lignagers pour retraire le bien familial aliéné à titre onéreux. Et cependant, elle produit des effets considérables, qui ne sont pas tous établis par des textes anciens, mais qui lui furent certainement rattachés dès qu'elle s'organisa définitivement, *sauf le droit d'autrui en toutes choses*.

L'effet essentiel que produit l'investiture du seigneur est de conférer la saisine à l'acquéreur investi régulièrement. Ce mot de saisine dit tout et explique tout pour la pratique du moyen-âge, mais il faut bien comprendre qu'il a un sens très vague, très flottant, ou plus exactement que son contenu précis n'a pas cessé d'évoluer. Il faut donc éviter de donner à ce concept une signification déterminée, en rapport avec les idées romaines. En droit romain, la propriété est transférée par la tradition, pourvu qu'une juste cause translatrice colore cette opération de la remise de possession matérielle de la chose, qui est susceptible des significations juridiques les plus diverses. Au moyen-âge, il est impossible de préciser le rôle respectif, dans le transfert de la propriété, de la volonté des parties et de l'investiture seigneuriale : dire que l'accord de volontés transfère la propriété et que l'investiture confère la saisine, ce serait opposer deux notions qui ne se sont différenciées que fort lentement, et méconnaître, au moins pour l'origine, le rôle exact du seigneur dans le transfert intervenu. J'ai déjà indiqué, en effet, que, dans la pureté primitive du système féodal, il n'y a pas d'aliénation possible sans le consentement du seigneur (1) ; en réalité, trois volontés concourent à l'opération : celles de l'aliénateur, de l'acquéreur et du seigneur, et l'investiture ne se sépare pas du consentement exprès à l'aliénation (2). Ce système primitif n'a pas duré, sans doute, mais il a laissé des traces persistantes, au moins dans les raisonnements de la doctrine ; encore au début du xiv^e siècle, on soutient que, si le vassal dispose de son fief de quelque manière que ce soit, le fief fait automatiquement retour au seigneur (3), et ce raisonnement sera encore, à la fin du xiv^e siècle, à la base des solutions admises en cas de dévolution héréditaire, du moins pour les fiefs, et sauf

criées sont faites sans opposition et le prévôt confirme la vente *en tant a nous est comme joustice* ; il dresse lettres de cette confirmation qui est annexée aux lettres de vente, les vendeurs ayant été payés devant lui après la procédure de criées.

(1) Cf. t. I, p. 239, pour les fiefs, et p. 368 et s., pour les censives.

(2) Même lorsque l'aliénation fut permise en règle générale, l'autorisation particulière d'aliéner en mainmorte est donnée parfois par le seigneur au moment où l'on procède à l'investiture ; voyez, par exemple, *Arch. de l'H.-D.*, n° 286 (1232).

(3) Texte cité t. I, p. 274, n. 3.

à qualifier de saisine ces prérogatives qui font retour au seigneur (1).

Mais il est admis, dès le début du XIII^e siècle, peut-être avant, que le propriétaire d'un bien noble ou roturier peut l'aliéner sans l'autorisation expresse du seigneur (2) ; sans doute, on peut dire qu'à partir de cette époque la propriété est transférée par l'accord des volontés des parties, la saisine ne l'étant au contraire que par l'investiture seigneuriale. Mais la précision de cette formule serait purement apparente ; d'abord, quand il s'agit d'un fief, le seigneur peut toujours, en cas de vente, *l'unir à sa table*, et les droits de l'acquéreur seront anéantis. Dira-t-on que, par la vertu du retrait, la propriété passe de l'acquéreur, qui l'avait déjà, au seigneur ? Cette explication serait admissible pour le XVII^e siècle (3), mais elle eut bien surpris, certes, un praticien du XIII^e siècle. D'autre part, si l'acquéreur du fief ne requiert pas l'investiture en offrant foi, hommage et services, le seigneur peut saisir au fief ; il est certain sans doute, au XIV^e siècle, que cette saisie, si prolongée soit-elle, n'annulera jamais les droits de l'acquéreur, qui obtiendra toujours restitution du fief en se mettant en règle. Mais rien ne prouve qu'il en était ainsi au XIII^e siècle et il est même probable qu'une saisie prolongée un certain temps, avec mises en demeure appropriées, privait l'acquéreur de tout droit (4) ; cette saisine du seigneur se transformait bien vite en pleine propriété.

En ce qui concerne les censives, la formule critiquée rendrait mieux compte des faits, car le seigneur ne peut jamais reprendre la propriété de la censive aliénée, puisque le retrait censuel n'existe pas, et ne peut davantage effectuer la saisie de la censive,

(1) *Gr. Cout.*, p. 234 : ... *et la raison si est car le seigneur féodal a la seigneurie directe a laquelle la prouffitable est adonques conjointe et annexée par la mort du vassal.*

(2) Sous réserve du cas de l'aliénation en mainmorte.

(3) J'ai constaté t. I, p. 325, qu'à cette époque le retrait doit être prononcé par le juge à la suite d'une action intentée par le seigneur. — Ce qui se passe au cas d'une aliénation en mainmorte peut aussi nous renseigner sur la façon dont on conçoit, pratiquement, l'investiture seigneuriale. En 1227, les bourgeois de Paris rachètent un droit perçu sur les mariages par les marguilliers laïques de Notre-Dame ; après avoir acquis 40 livres de rente sur le travers de Conflans qui relève de l'évêque, ils en font donation aux marguilliers et se dessaisissent dans les mains de l'évêque qui investit les marguilliers de 30 livres de rente seulement, les dix autres étant gardées par l'évêque pour l'amortissement : Vidier, *Marguilliers laïcs*, dans *Mém. de la Soc. d'hist. de Paris*, 1913, p. 382-384. Il est clair ici que le droit du seigneur est assez énergique pour qu'il devienne immédiatement propriétaire de ces 10 livres de rente dont on vient de se dessaisir dans ses mains. Il en est ainsi quand il unit le fief à sa table lors de la dessaisine : pour la pratique du moyen-âge, l'acquéreur n'a obtenu aucun droit sûr du fait de la convention.

(4) Cf. t. I, p. 269, n. 8.

ses droits se bornant à entraver la jouissance de l'acquéreur qui ne s'est pas mis en règle (1). Mais à quoi bon s'arrêter à une formule qui ne s'applique pas à toutes les hypothèses et qui, d'autre part, n'explique rien? Pourquoi chercher à opposer propriété et saisine, alors que la saisine est quelque chose de très mouvant, au début se confondant presque avec la propriété, et n'étant plus guère, au terme de cette lente évolution, qu'une possession qualifiée.

Si nous étions sur le seul terrain du droit privé, de telles notions pourraient se préciser; mais ici tout est bouleversé par l'intervention du seigneur. Ce dernier, en intervenant dans l'acte d'aliénation, cherche à donner à son intervention la plus grande importance juridique possible, pour mieux assurer le recouvrement de ses droits, ce qui est sa préoccupation essentielle (2). Il sait que l'utilité de l'investiture déterminera les parties à y recourir, mieux que toutes les menaces et les contraintes; mais, d'autre part, la pratique, soucieuse de réaliser toujours plus dans les faits la patrimonialité des biens seigneuriaux, cherchera à restreindre sans cesse cette utilité, estimant qu'elle fait assez du moment qu'elle garantit de quelque manière le paiement des droits seigneuriaux. Et c'est pour cela que les avantages exclusivement rattachés à l'investiture iront sans cesse en diminuant, la pratique rattachant peu à peu à la seule possession de fait certaines conséquences au début inséparables de l'investiture seigneuriale.

Si ces observations sont exactes, la seule méthode possible consiste à déterminer les avantages découlant de l'investiture seigneuriale et qui sont considérés comme les conséquences de la saisine. L'acquéreur investi par le seigneur peut, sans aucune difficulté, se mettre en possession de fait de la chose aliénée; s'il rencontre quelque opposition à cet égard, il peut intenter contre l'opposant une action possessoire (3). A la fin du *xiv^e* siècle, on aperçoit dans certains textes un scrupule doctrinal qui vient sûrement de l'influence des idées romaines concernant la possession; on exige, semble-t-il, outre l'investiture seigneuriale, l'appréhension de fait pour fonder une action possessoire (4). Mais la prati-

(1) Cf. t. I, p. 397.

(2) Voyez, en ce sens, les observations d'Heusler, cité par Champeaux, p. 196, n. 2.

(3) *Gr. Cout.*, p. 232 (texte général) et, pour les fiefs, textes cités t. I, p. 275, n. 4.

(4) *Ps. des Marès*, 63, qui exige, sans dire dans quelle hypothèse, outre l'hommage, l'appréhension de fait; ce texte est à rapprocher du *Gr. Cout.*, p. 234, qui distingue, à propos de la saisine héréditaire, la *saisina juris* et la *saisina facti*.

que ne s'arrêta jamais à ces scrupules, que nous retrouverons plus nettement formulés en étudiant la saisine héréditaire. D'ailleurs, dans la conception du moyen-âge, l'investiture seigneuriale ne confère nullement une saisine de droit analogue à la saisine héréditaire; l'acquéreur est mis en saisine *réellement et de fait*, pour employer une expression qui se retrouve dans plusieurs textes de la seconde moitié du xiv^e siècle (1). Et cette conception est très naturelle, si l'on songe que l'investiture seigneuriale a gardé fidèlement tous les traits essentiels de l'ancienne investiture symbolique qui conférait sûrement la saisine sans aucune appréhension de fait: le dessaisissement de l'aliénateur en public, avec recours à un symbole, suivi de l'ensaisinement de l'acquéreur à l'aide du même symbole; la seule différence est que le seigneur s'est interposé entre les parties pour recevoir le dessaisissement; on ne voit pas pourquoi cette interposition modifierait les conséquences de la dessaisine-saisine.

L'acquéreur, par le fait même de l'investiture, succédera directement à la situation possessoire de l'aliénateur et ce résultat n'est pas choquant parce que le seigneur ne procédera à l'investiture que si l'aliénateur est notoirement en saisine de la chose; la réserve des droits d'autrui ne s'entend pas évidemment de la saisine qui est facile à constater. L'acquéreur appréhendera ainsi la chose sans difficulté, soit en s'y installant sans opposition, soit en intentant une action possessoire. Jouissant de la chose, il en cueillera les fruits et se les appropriera; le gain des fruits, voilà l'avantage manifeste et substantiel de la saisine (2). Au cas d'une acquisition de cens ou de rente, la perception des fruits, c'est-à-dire ici des arrérages, est même l'unique manière pour l'acquéreur de manifester sa saisine (3); il ne peut, comme l'acquéreur

(1) Voyez déjà un acte de vente de 1357 dans Félibien, III, p. 274-277: un procureur est nommé *pour faire la dessaisine et le devestissement... et pour en faire saisir et mettre en possession corporelle* les acheteurs; *Gr. Cout.*, pp. 232-233; *Cout. not.*, 72; cf. sur ces derniers textes l'interprétation de Champeaux, p. 194 et s., que je partage entièrement. On peut ajouter, dans le même sens, *Gr. Cout.*, p. 329; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 107, *car il convient dessaisir de fait et saisine de seigneur*. Mais je remarque *infra* que cette terminologie changea sous l'influence de la théorie romaine de la possession, relation de fait avec la chose.

(2) Les textes n'expriment pas cette idée que la saisine entraîne le gain des fruits, tant elle leur paraît évidente; elle résulte d'ailleurs de toutes les solutions analysées au t. I, p. 270, relatives au droit du seigneur sur les fruits quand son vassal n'est pas entré en foi; il est aisé d'en déduire *a contrario* que le vassal en règle a le droit de percevoir les fruits; il en est de même, en matière de censive, des prérogatives du seigneur non payé de ses droits, de paralyser la jouissance du tenancier, t. I, p. 397. Cf., sur la question du gain des fruits, Champeaux, p. 246 et s.

(3) Le droit d'aller gager est conféré à tous les crédi-rentiers qui sont *in saisina gagiandi*; bien que les textes ne précisent pas, il est certain que cette

d'une maison ou d'un fonds de terre, s'installer matériellement sur la chose ou y installer pour lui un locataire ou un détenteur quelconque; il ne peut que réclamer les arrérages aux termes accoutumés. Le gain des fruits est le principal avantage concret attaché à la saisine. Mais l'acquéreur d'un fief dûment ensaisiné peut aussi recevoir l'hommage de ses vassaux et exercer ainsi toutes les prérogatives attachées à la propriété féodale dont il a tous les avantages extérieurs (1); étant lui-même en règle avec son seigneur, il peut désormais exiger que ses vassaux régularisent leur situation envers lui.

En somme, l'acquéreur en saisine de seigneur possède tous les avantages apparents de la propriété, parce qu'il en exerce publiquement les attributs, après une acquisition qui a tous les dehors de la régularité. D'autre part, cette publicité confère à sa saisine les prérogatives que nous rattachons aujourd'hui à la notion de date certaine: c'est la date de l'investiture qui est le point de départ de la saisine et il aura priorité, par là-même, à l'encontre de tous les acquéreurs qui seront ensaisinés postérieurement, même si leur titre d'acquisition est antérieur (2). S'il est rare qu'un tel conflit de priorité s'élève entre deux acquéreurs prétendant à la propriété, la question pouvait se présenter avec une grande importance pratique quand il s'agissait d'un titulaire de rente et d'un propriétaire (3) ou de deux titulaires de rentes réclamant l'un et l'autre la priorité (4). L'investiture du seigneur,

saisina gagiandi était acquise immédiatement par l'investiture seigneuriale, avant de l'être par la perception de fait des arrérages pendant an et jour; cf. t. I, p. 467.

(1) Texte cité t. I, p. 275, n. 5; cf. Champeaux, p. 250, n. 2, dont je n'ai pas retrouvé les renvois aux textes parisiens.

(2) Cela résulte d'une décision du *Gr. Cout.*, p. 329, *in medio*, insérée bizarrement au c. *des retraits lignagers*: *aussi tant comme il (l'acheteur) n'en aura point de saisine, si le vendeur le revent a ung aultre qui en soit mis en saisine, la seconde vente tiendra, mais l'aultre (acheteur) aura recours de ses dommaiges et interests contre le vendeur*. La solution ne fait pas de doute dans les pays de nantissement: voyez par ex. A. C. de Clermont en Beauvaisis de 1496, art. 23; N. C., art. 37. L'arrêt des *Olim* de 1311 (t. III, p. 656, n° xxv) ne fait pas échec à ce principe, car le donataire antérieur invoque la prescription acquisitive sans indiquer d'ailleurs depuis combien de temps il possède.

(3) *Olim*, III, p. 1358, n° xxiv (1318).

(4) Les textes cités t. I, p. 476, n. 1, ne précisent pas ce point; ils se bornent à parler du censier premier en droit; la solution proposée au texte me paraît commandée par les principes généraux et résulte *a contrario* du fait prouvé *infra* que le censier qui s'est borné à percevoir ses arrérages ne peut alléguer aucune priorité contre le censier qui a été investi par le seigneur; le fait que les rentes pouvaient être constituées sans écrit commandait d'ailleurs cette solution. Il ne faut pas oublier que le titre mentionné par le *Gr. Cout.*, p. 316 = *Not. Points*, n° 90, contenait en appendice ou en annexe l'indication de l'investiture effectuée.

en ce qui concerne un acquéreur de rente, présente encore un avantage voisin découlant aussi tout directement de la publicité qu'elle implique : si l'héritage grevé de la rente est ultérieurement décrété, le crédi-rentier ensaisiné par le seigneur n'aura pas besoin, pour sauvegarder son droit, de s'opposer expressément au décret ; l'héritage sera adjugé à charge de sa rente (1). Normalement, l'adjudication du décret sera effectuée par le seigneur foncier ou sa justice qui connaît bien les charges, ensaisinées par ses soins, grevant l'héritage. Ces résultats très importants sur le terrain du droit privé peuvent s'exprimer par cette idée que la saisine, découlant de l'investiture seigneuriale, est, par sa publicité même, opposable à tous ceux qui ont acquis des droits ultérieurs (2).

Mais on ne peut aller plus loin (3), puisque, lors de l'investiture, le seigneur a expressément réservé les droits d'autrui. En ce qui concerne ces droits antérieurs à l'aliénation, ou nés de l'aliénation même, l'investiture seigneuriale joue seulement le rôle d'une mise en demeure d'avoir à les exercer ou d'un point de départ pour une prescription qui, avec le temps, les exclura entièrement. C'est ainsi que l'investiture fait courir le délai d'an et jour donné aux lignagers pour retirer une acquisition faite à titre onéreux (4). A l'époque la plus ancienne, elle faisait aussi courir sans doute ce délai général d'an et jour donné à tous ceux qui avaient quelque droit à prétendre sur la chose aliénée, délai à l'expiration duquel toute réclamation était forclose. Nous avons un indice très net, relevé par M. Champeaux (5), de l'effet extinctif de ce délai d'an et jour après l'investiture : la garantie aux us

(1) *Ps. des Marès*, 221, 223 = *Ps. Cout. de Charles VII*, p. 41 ; ces textes font exception pour les rentes à vie qui ne sont pas des charges permanentes.

(2) Il est probable qu'au début, et par analogie avec la solution admise pour le décret, le seigneur confisquant ne reconnaissait que les rentes dûment ensaisinées ; mais nous constaterons *infra*, qu'au xv^e siècle, on se contentait de la perception de fait bien établie des arrérages.

(3) Le fait, pour l'une des parties, de n'avoir pas encore effectué la des-saisine-saisine ne dispense pas l'autre d'exécuter son obligation : A. N., X^{1a} 8, f^o 213 v^o (9 mars 1342) = Furgeot, n^o 3998 ; deux parties ont échangé des terres situées en Normandie et à Jersey contre des rentes à assoier dans les quatre murs de Paris ; l'un des co-échangistes est condamné à assoier les rentes bien que le devest-vest des terres n'ait pas été effectué devant le seigneur et qu'il n'ait pu prendre possession corporelle desdites terres. L'investiture seigneuriale ne pouvait se faire pour les rentes qu'après l'assiette : Vidier, *loc. cit.*, 1914, pp. 172-174 (1372).

(4) Il y a quelque incertitude sur ce point, *Gr. Cout.*, pp. 326 et 328-329 ; mais le texte de la p. 329, développé et plus clair encore dans le ms. 10816, f^o 209, ne laisse subsister aucun doute ; ajoutez, non moins formels, *Ps. des Marès*, 284, et *Ps. Cout. de Charles VII*, p. 38.

(5) *Op. cit.*, p. 250 ; la citation doit être rectifiée ainsi : *Constitutions du Châtelet*, §§ 51 et 85.

et coutumes de France, si fréquemment inscrite sans autre précision dans les actes d'aliénation, et qui couvrait l'acquéreur en cas de réclamation des lignagers ou de tout autre réclamanant, ne durait primitivement qu'an et jour, parce qu'après cette date elle devenait superflue.

Mais, en définitive, le délai d'an et jour après l'investiture n'écarta plus que les lignagers ; c'est une conséquence du système nouveau des prescriptions longues que nous verrons s'introduire en droit parisien comme ailleurs. Du moins l'investiture seigneuriale fournit-elle un point de départ précis pour la prescription acquisitive de longue durée qui consolidera définitivement la situation de l'acquéreur, s'il n'était que propriétaire apparent.

Tels sont les avantages de la saisine découlant de l'investiture seigneuriale au moyen-âge ; ces avantages lui resteront toujours attachés, mais la situation n'en sera pas moins profondément modifiée lorsque certains d'entre eux seront rattachés à une saisine bien plus restreinte, découlant elle-même de la simple appréhension de fait prolongée pendant an et jour. Il est difficile de ne pas croire que cette saisine nouvelle fut introduite par la pratique pour faire pièce directement à l'investiture seigneuriale. En tous cas, son apparition devait promptement modifier le rôle pratique de l'investiture seigneuriale. Les textes auront beau proclamer qu'elle est nécessaire, la pratique saura bien s'en passer, puisqu'elle peut obtenir autrement certains avantages essentiels. Nous irons ainsi lentement vers un régime où l'investiture seigneuriale ne sera plus la pièce maîtresse de la transmission de la propriété ; si, en ce qui concerne les fiefs, l'hommage doit rester nécessaire, il jouera un rôle bien différent et, en ce qui concerne les censives, l'ensaisinement deviendra facultatif en fait, bien avant de l'être en droit, au début du xvi^e siècle. C'est cette évolution, qui s'esquisse à la fin du xiv^e siècle, qu'il faut maintenant décrire.

§ 3. — L'ÉVOLUTION VERS L'INVESTITURE FACULTATIVE

Les nombreux textes juridiques que nous possédons pour la fin du xiv^e siècle maintiennent le principe que tout acquéreur du fief ou de la censive doit se pourvoir devant le seigneur pour obtenir son investiture (1). Une seule exception est faite pour le

(1) Textes cités *suprà* p. 12, n. 3 ; on peut ajouter : ms. Vatican 4790, f^o 40 v^o ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 107. Le texte fondamental est *Gr. Cout.*, p. 233, que je crois utile de restituer d'après les bons mss. (fr.

cas d'accensement (1) ; le sens exact de ce terme n'est peut-être pas exactement fixé à cette époque (2), bien qu'il désigne d'ordinaire le bail à rente perpétuel, sans caractère seigneurial (3) ; mais il ne faut pas oublier que le bail à rente s'est différencié progressivement en partant de la concession en censive et c'est à cette évolution qu'il faut remonter pour comprendre la dispense d'investiture dont bénéficie l'accensement. Le bailleur à rente est considéré comme conservant sur la chose une certaine seigneurie ; il n'y a donc pas à proprement parler transfert d'un droit bien distinct qui justifierait l'intervention du seigneur. Il faut joindre à cette considération théorique un motif d'ordre pratique qui a eu sans doute encore plus d'importance : nous savons que le bail à rente ne donne pas lieu, pour le seigneur, à la perception d'un droit de mutation ; il n'était donc guère intéressé à exiger, dans cette hypothèse, qu'on recourût à son investiture (4).

Mais, si la nécessité de l'investiture seigneuriale est toujours proclamée en principe, il est facile d'apercevoir que cette nécessité n'est pas toujours efficacement sanctionnée et que, dans bien des hypothèses, la pratique ne s'en soucie guère, ayant trouvé d'autres moyens de s'assurer au moins certains avantages de la saisine jusqu'alors exclusivement réservés à l'investiture seigneuriale. Il est probable que le mouvement se dessina d'abord en ce qui concerne les censives. On en trouve un curieux témoignage dans une affaire plaidée, en 1344, devant le Parlement (5) : un notaire au Châtelet se prétend en saisine d'une maison qu'il a acquise par échange, bien que son co-échangiste n'ait pas effectué la dessaisine-saisine devant le seigneur ; il invoque en ce sens que,

10816, f^o 186 et fr. n. acq. 3555, f^o 79), car il est très corrompu dans les éditions : *Nota que, par la coustume de la prevosté de Paris, nulle saisine n'est acquise a aucun ne de droit ne de fait par aucun fait ou contract entre vifz jusques ad ce que la dessaisine soit faicte en la main du seigneur temporel ; ne le bail des lectres de la vendicion, ne la retenue de l'usufruit n'y fait rien selon la coustume jusques ad ce que par le seigneur temporel l'en ait eu la saisine. Et peut bien aucun faire dessaisine et soy dessaisir par lectres ou par instrumens ou devant tesmoings ou par procureur constitué et estably pour ce especialment. Toutevoies en ascensement selon la coustume il n'est point de neccessité d'aler au seigneur pour avoir la saisine et sic non debet ut C. de dona. causa mor. l. quisquis. Cf. Champeaux, p. 211.*

(1) Textes cités t. I, p. 451, n. 2 ; les nombreux accensements de la fin du XIII^e siècle reproduits aux *Arch. de l'H.-D.*, par ex. n^{os} 862 et 864 (1294), ne font pas mention de dessaisine-saisine, pas plus qu'un acte de 1305 relatif au Château-Fêtu, dans le *Cart. de N.-D. de Paris*, III, p. 79 et s.

(2) Le n^o 864 des *Arch. de l'H.-D.* est sûrement un bail à rente ; l'acte relatif au Château-Fêtu sûrement une concession en censive.

(3) Cf. *Cout. not.*, 169 (prouvée en 1374) ; ms. Vatican 4790, f^o 14.

(4) Cf. t. I, p. 281, n. 5.

(5) A. N., X^{ta} 10, f^o 118 v^o (26 juin 1344).

pour les maisons situées dans la censive du roi, il suffit de la dessaisine-saisine effectuée par la tradition des lettres d'aliénation (1), d'autant plus qu'il est en possession de fait depuis an et jour et plus. Il n'en fut pas moins débouté et le co-échangiste fut maintenu en saisine de la maison, sous réserve des droits pouvant résulter pour le demandeur des conventions alléguées. L'arrêt maintient donc strictement le principe : les lettres d'aliénation, même avec clause de dessaisine-saisine, permettent seulement à l'acquéreur d'exiger de l'aliénateur qu'il se dessaisisse devant le seigneur foncier, mais non de se dire en saisine et d'intenter la complainte en nouvelleté contre l'aliénateur. Mais il est curieux de voir invoquer une coutume contraire, spécialement en ce qui concerne les censives relevant du roi ; la pratique essayait peut-être déjà de rattacher la saisine à la simple *traditio carlae* ou, tout au moins, à la possession de fait d'an et jour.

En 1372, un pas décisif a été fait ; sans doute, malgré la vente, le vendeur reste en saisine de la chose, tant qu'il n'y a pas eu devest et vest devant le seigneur ; mais une restriction, tout de suite, est formulée : à moins que l'acheteur n'ait joui de la chose pendant un temps suffisant pour acquérir saisine, c'est-à-dire, sans doute, pendant an et jour (2). Ce témoignage des *Coutumes notoires* est confirmé par une coutume prouvée en turbe et que le *Grand Coutumier* a empruntée aux *Notables Points* (3) : l'aliénateur par vente ou donation reste saisi tant qu'il n'est pas allé au seigneur, et sa saisine passe à ses héritiers malgré le contrat, à moins que l'acquéreur n'ait appréhendé la chose en fait et n'ait ainsi acquis la saisine par an et jour ; la fin du texte spécifie expressément que cette solution ne s'applique pas aux fiefs.

Ainsi, en ce qui concerne les censives, la possession d'an et jour, à la suite d'un acte translatif, suffit pour faire acquérir la saisine de l'héritage. Des textes un peu postérieurs sans doute nous montrent de même que la perception de fait de rentes constituées, pendant an et jour, confère la saisine au crédi-rentier, même s'il n'est pas allé au seigneur (4). Il semble ainsi qu'une double voie

(1) *Quod dicta domus a nobis tenetur et quod, in rebus que a nobis tenentur non oportet aliquem dessaisiri nec saisiri nisi per tradicionem litterarum super vendicionibus seu permutacionibus aut contractibus parcium confectarum.*

(2) *Cout. not.*, 124 = *Ps. des Marès*, 189 ; la rédaction même de ces textes montre bien que l'on corrige le principe ancien de l'investiture nécessaire par la conception nouvelle d'une saisine résultant de la possession de fait : *en vente d'héritages, il faut vest et devest, combien que les lettres en soient faites...*

(3) *Gr. Cout.*, p. 277 = *Not. Points*, 132.

(4) Je renvoie aux nombreux textes cités *infra* et assimilant à bien des égards la saisine résultant de la perception de fait à la saisine de seigneur. Cela résulte notamment du *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 73 v°.

soit ouverte aux acquéreurs en censive : se faire investir par le seigneur, qui leur conférera tout de suite la saisine ; ou, tout simplement, appréhender la chose en fait, exercer le droit qu'ils ont acquis de percevoir des cens, pour parvenir au bout d'an et jour à la saisine. Mais il faut bien remarquer que ces deux saisines ne sont nullement équivalentes et que le même mot ne recouvre pas les mêmes choses.

L'acquéreur ensaisiné par simple appréhension de fait peut exercer la complainte en nouvelleté ; cela ne fait pas de doute à la fin du xiv^e siècle et c'est le résultat principal auquel la pratique tendait (1). De même, il peut percevoir les fruits et les garder définitivement (2). Le seigneur, informé de la mutation, peut, il est vrai, intervenir et mettre la main sur la chose tant qu'il n'a pas perçu ses droits : saisines en toute hypothèse et ventes le cas échéant, et naturellement l'acquéreur ne pourra continuer à jouir des fruits sans briser l'arrêt du seigneur. Mais, tant que le seigneur n'interviendra pas, l'acquéreur jouira paisiblement, et, s'il intervient, il en sera quitte pour se mettre en règle ; le risque à courir, c'est-à-dire l'amende de ventes recélées, est médiocre (3).

Ces deux avantages ont été les seuls attachés tout d'abord à l'appréhension de fait. Un peu plus tard, on admet que des rentes dont le titulaire a la simple saisine de fait par perception pendant an et jour sont conservées par là-même, sans opposition, au cours d'une procédure de criées, tout comme les rentes dûment ensaisinées par le seigneur (4) ; de même leurs arrérages sont conservés à l'encontre du seigneur haut-justicier confisquant les biens du débi-rentier pour cas criminel (5).

Par contre, le crédi-rentier en possession de fait ne pouvait probablement pas opposer la priorité de son titre à un crédi-

(1) *Gr. Cout.*, p. 231 ; *Cout. not.*, 181 (prouvé en 1382) ; le ms. Vatican 4790, f^o 40 v^o, en donnant la même solution, précise que la complainte ne peut être exercée contre le seigneur envers lequel on ne aura point fait son devoir ; cette restriction va de soi.

(2) Cela résulte de ce fait que le seigneur censier ne fait jamais les fruits siens ; cf. t. I, p. 397.

(3) Cf. t. I, pp. 397-398.

(4) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^{os} 36 v^o, 40 v^o, 41 v^o et 42 ; certains de ces textes paraissent exiger à la fois la saisine de seigneur et la perception de fait pendant an et jour ; je crois qu'il faut attribuer cela à la médiocrité de la rédaction et ne pas y voir une adhésion à la thèse des romanistes signalée *suprà* p. 19, n. 4 ; le dernier de ces textes établit, en effet, nettement une alternative. Cf. t. I, p. 455, n. 3. — Les textes cités *suprà*, p. 22, n. 1, réservaient cet avantage important aux rentes perpétuelles pour lesquelles l'investiture seigneuriale avait été obtenue.

(5) Ms. fr. 21390, f^o 30 v^o, opinion attribuée à Jean de Longueil, qui fut lieutenant au Châtelet vers 1435... *sinon qu'elles soient infeodées ou ensaisinées par le seigneur féodal ou foncier, ou par perception de fait.*

rentier même postérieur qui s'est fait ensaisiner par le seigneur ; à cet égard, son titre n'a pas date certaine. De même, il est probable, bien que je n'aie pas davantage rencontré de texte, qu'en cas de vente d'un héritage à deux acquéreurs successifs, le premier en saisine de seigneur était préféré à celui qui n'avait que la possession de fait. *A fortiori*, la simple appréhension de fait n'excluait nullement la possibilité d'exercer le retrait pour les lignagers qui avaient de quelque manière connaissance de l'aliénation effectuée (1). Il semble même résulter de certains textes que les acquéreurs se dispensaient d'entrer en saisine de seigneur précisément pour éviter le retrait lignager, mais prenaient soin d'acquitter tous les droits dûs au seigneur, y compris le droit de saisines, qui ne correspondait plus à rien (2). Ainsi s'organisait — surtout, peut-on penser, pour les ventes de rentes — un régime d'aliénations tout à fait clandestines qui devait obliger les seigneurs fonciers à une grande vigilance pour la conservation de leurs droits.

L'extension de ce régime aux fiefs présentait des difficultés spéciales et cependant l'ingéniosité des praticiens fut telle qu'à certains égards ils obtinrent des résultats très favorables. Les textes de la fin du *xiv^e* siècle posent très fermement le principe qu'on ne peut agir en nouvelleté pour un fief dont on n'est pas en foi et hommage (3) ; sans doute, des textes postérieurs distinguent et admettent que les héritiers ou les seconds maris peuvent s'ensaisiner eux-mêmes des héritages appartenant au *de cujus*, ou aux femmes veuves, et jouir de la protection possessoire à l'encontre de tous, sauf du seigneur (4). Cette distinction semble même avoir été étendue, pour identité de motifs, à l'appréhension de fait consécutive à une aliénation (5). Mais il est sûr que

(1) Textes cités *suprà*, p. 22, n. 3. D'après le ms. fr. 18419, f^o 62 v^o, si l'acheteur d'un bien, pour éviter le retrait, vend la chose à un autre, mais sans s'en dessaisir, le lignager peut agir contre lui.

(2) C'est ce que dit textuellement le *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 63.

(3) *Cout. not.*, 53 = *Ps. des Marès*, 177 ; *Gr. Cout.*, p. 277 = *Not. Points*, 132.

(4) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 112 v^o. Je reviendrai sur cette importante distinction à propos de la saisine héréditaire.

(5) Le ms. Vatican 4790, f^o 40 v^o, déclare que l'acquéreur, même non en saisine de seigneur, qui a joui pendant an et jour, a la complainte *fors que contre le seigneur* ; et le *Style du Châtelet*, ms. Arsenal 2466, f^o 107 v^o, décide que l'acquéreur d'une rente non inféodée acquiert saisine sans foi ou *prejudice d'icellui vendeur et de ses successeurs et non mie ou prejudice du seigneur feodataire*. Ce dernier texte paraît en contradiction avec *Gr. Cout.*, p. 277, d'où il semble résulter *a contrario* qu'en fief l'aliénateur non dessaisi garde la saisine qui passe ainsi à ses hoirs, malgré la possession de fait de l'acquéreur. Il est possible qu'il y ait eu, à la fin du *xiv^e* ou au début du *xv^e* siècle, une extension du droit des acquéreurs en possession de fait.

l'appréhension de fait ne saurait jamais conférer à l'acquéreur le droit de jouir du fief ; ici, la pratique devait se heurter à la règle précise selon laquelle le seigneur peut jouir du fief sans vassal aussi longtemps que le vassal a joui sans seigneur (1) ; la règle était péremptoire et il n'y avait aucun moyen de la tourner. L'acquéreur, soucieux de tirer quelque parti de son acquisition, devait de toute évidence recourir au seigneur ; jusque-là il se trouvait paralysé dans sa jouissance, et son titre n'était même pas opposable aux héritiers de son vendeur (2) ; en somme, l'aliénation du fief en pur jeu ne présentait qu'un avantage pratique : permettre de revenir, dans un délai assez court, sur l'opération effectuée, sans payer de droits de mutation.

Nous avons constaté, par contre, que le jeu de fief rendit de grands services pour tourner les prohibitions anciennes de démembrement ; il servit notamment à créer sur le fief des rentes constituées indépendamment du seigneur (3). On admit, en effet, que l'acquéreur de la rente pouvait acquérir la saisine de son droit par la simple perception des arrérages (4). Cette solution était peu logique, car la perception des arrérages par le crédi-rentier a la même signification juridique que la perception des fruits pour le vassal propriétaire du fief ; la constitution de rente étant une aliénation partielle (5), le crédi-rentier non entré en foi jouissait sans seigneur de la partie des fruits qu'il avait acquise et, en principe, le seigneur eût pu saisir la rente et en jouir sans vassal autant que le vassal en avait joui sans seigneur. Mais la pratique sut fort bien écarter cette conséquence, en partant de l'idée qui, nous l'avons vu, est à la base du jeu de fief : l'aliénation du fief dépend à ce point du seigneur que rien n'est fait tant que le vassal régulièrement en foi ne s'est pas dessaisi dans ses mains ; le seigneur ayant un vassal responsable ne doit pas chercher au delà ; derrière cet écran, des opérations juridiques peuvent s'effectuer qui n'intéressent pas le seigneur, tant que son vassal reste effectivement en possession du fief et cueille les fruits en vertu de la saisine que lui a conférée l'investiture. Or, la constitution de rente sur le fief n'empêche nullement le vassal de garder

(1) Cf. t. I, p. 271.

(2) Du moins en ce qui concerne la saisine et sous réserve des observations faites ci-dessus p. 27, n. 5, car il est certain que l'acquéreur pouvait réclamer de l'héritier l'exécution du contrat.

(3) Cf. t. I, p. 287.

(4) Ms. fr. 21390, f° 30 v°, cité p. 26, n. 5.

(5) Encore au début du xvi^e siècle, le débi-rentier se dessaisit de la chose à concurrence de la rente vendue : formule de 1500 dans *Gr. Cout.*, p. 836.

la saisine et de cueillir les fruits, sauf à payer la rente. Même si le jeu de fief couvre une concession en censive ou un bail à rente, au moins partiel, on considère que le vassal retient assez du fief en sa main pour enlever au seigneur tout prétexte à intervention (1).

Que tout cela fasse avant tout figure d'expédient, il n'en faut pas douter ; la pratique cherche à tourner les règles traditionnelles pour donner au vassal le plus de liberté possible sans aller au seigneur. Et c'était déjà un grand succès d'avoir pu organiser en dehors de lui ces rentes en pur jeu de fief, susceptibles de tant d'applications dans la vie quotidienne. Mais ces rentes non inféodées ne présentent pas tous les avantages reconnus aux rentes non ensaisinées portant sur les héritages roturiers ; les règles traditionnelles de l'investiture seigneuriale se maintiennent mieux pour les fiefs. C'est ainsi, comme je l'ai déjà indiqué, que le titulaire d'une rente non inféodée devra s'opposer au cours de la procédure de criées pour conserver son droit (2) ; sa saisine de fait ne vaut qu'à l'encontre du haut-justicier confisquant (3). Bien entendu, pas plus que la rente non ensaisinée, la rente inféodée ne confère la priorité de rang sur un crédi-rentier postérieur, mais inféodé. Et le fait qu'elle n'est pas opposable au seigneur présente en matière de fief une gravité particulière, car le seigneur peut mettre le fief en sa main pour jouir de son droit de rachat ou pour exercer la saisie ou la commise (4).

A certains égards, les acquisitions en jeu de fief sont donc moins avantageuses ou plus incertaines que les acquisitions en censive non ensaisinées ; mais la notion même du jeu de fief exclut radicalement pour le seigneur toute prétention au paiement d'un droit de mutation, la mutation ne se produisant que par la des-saisine (5) ; pour les censives, au contraire, l'aliénation, quoique faite en dehors du seigneur, ouvre par elle-même la possibilité d'exiger les droits de mutation, y compris l'amende, si une déclaration n'a pas été faite ; il suffira au seigneur censier d'être vigilant (6). Et ceci explique sans doute pourquoi les acquisitions en jeu de fief n'ont jamais eu la même importance pratique que les acquisitions en censive sans recourir au seigneur : dans le pre-

(1) Cf. t. I, p. 285.

(2) Cf. t. I, p. 288, n. 5.

(3) Ms. fr. 21390, f^o 30 v^o (vers 1435).

(4) Cf. t. I, p. 288, n. 3.

(5) Cf. t. I, p. 283, n. 1.

(6) Cf. t. I, p. 397.

non /

mier cas, les seigneurs ont dû réagir bien plus énergiquement, car le développement du système les eût frustrés de leurs droits de mutation ; dans le second cas, les seigneurs ne perdaient rien s'ils prenaient les initiatives nécessaires.

La complexité de toute cette construction n'empêche pas d'apercevoir clairement le but vers lequel tend la pratique : organiser en dehors du seigneur le système de transfert de la propriété et des droits réels ; et il ne paraît pas douteux qu'il faille chercher dans le droit romain, tel qu'il était enseigné dans les universités et pratiqué dans le midi de la France, l'origine de cette action, peut-être d'ailleurs inconsciente. Le droit romain ne connaissait pas l'intervention du seigneur ; pour lui, la tradition de fait jouait un rôle essentiel et, dès que l'acquéreur s'était mis en possession en vertu d'un juste titre translatif, il devenait immédiatement propriétaire ; il admettait, d'autre part, comme conséquences toutes simples de sa théorie si raffinée de la possession, que l'appréhension de fait pouvait être remplacée par ces procédés divers que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de tradition feinte. Le droit parisien, à l'époque que nous étudions, ne se rallie pas aux théories des romanistes, puisque la saisine n'est obtenue, en dehors de l'investiture seigneuriale, que par le délai d'an et jour ; cela vient de ce que la saisine coutumière est très différente de la possession romaine. Mais l'influence du droit romain, tel du moins qu'on le concevait et qu'on le pratiquait au moyen-âge, s'est exercée sur le droit parisien et s'est manifestée notamment sur le style des actes, en se combinant d'ailleurs peut-être, dans une mesure bien difficile à déterminer, avec les souvenirs laissés par la vieille investiture symbolique. Pour élucider entièrement cette question, il faudrait une monographie basée sur l'examen d'un grand nombre d'actes parisiens, surtout du *xiv^e* siècle, période décisive de transition ; devant rester dans le cadre de cette étude générale, je dois me borner à quelques constatations (1).

Si nous examinons tout d'abord les actes du *xiii^e* siècle, une différence apparaît de suite entre les actes de vente et ceux de donation ; les actes de vente ne comportent pas de clause de dessaisine-saisine, qu'ils soient rédigés en latin, par l'officialité, ou en français, par les notaires du Châtelet (2) ; on rencontre parfois

(1) Sur la tradition feinte en général, cf. Brissaud, p. 1302 et s., et les auteurs qu'il cite.

(2) Très nombreux exemples aux *Arch. de l'H.-D.* : ainsi n° 779 (1278) ; n° 827 (1288) ; *Cart. de N.-D. de Paris*, III, p. 125 (1257) ; p. 393 (1270) ; mais

seulement, annexées à ces actes, des lettres nommant un procureur pour effectuer la dessaisine dans les mains du ou des seigneurs (1) ; pour les donations, au contraire, on constate, pendant tout le XIII^e siècle, que le donateur se dessaisit devant le rédacteur de l'acte et ensaisine le donataire (2) ; dans nombre de cas, nous sommes sûrs que le rédacteur de l'acte n'est pas l'agent du seigneur et, par suite, cette dessaisine-saisine insérée dans l'acte n'est pas à confondre avec l'investiture seigneuriale ; d'ailleurs, il est dit d'ordinaire que le donateur saisit le donataire, alors que, dans l'investiture, c'est le seigneur qui l'ensaisine. Il me paraît probable que ce style particulier des actes de donation est attribuable à la vieille règle exigeant en tout état de cause le dessaisissement du donateur (3). Ce dessaisissement, sans doute, peut s'effectuer par l'investiture seigneuriale (4), mais il est plus sûr encore d'en faire mention dans l'acte même qui constate la donation, lorsque cet acte apparaît, remplaçant la notice qui gardait le souvenir, non seulement de l'intention libérale, mais de toutes les solennités consécutives.

Au XIV^e siècle, cette curieuse différence de style disparaît ; on rencontre la clause de dessaisine-saisine aussi bien pour les actes de vente ou d'échange que pour les actes de libéralité. Il m'est difficile de préciser l'époque où la clause de dessaisine-saisine s'introduisit dans les lettres de vente (5) ; mais il est à croire, dès

il faut observer qu'au début du XIII^e s., alors que le style des actes n'est pas très bien fixé, on mentionne encore la dessaisine-saisine, soit entre les mains du seigneur, ce qui est le plus fréquent (Vidier, *Marguilliers laïcs...* dans *Mém. de la Soc. d'hist. de Paris*, 1913, pp. 382-384, acte de 1227 qui contient une vente suivie d'une donation exécutées par l'investiture seigneuriale), soit même exceptionnellement entre les mains du rédacteur de l'acte qui n'est pas le seigneur (*Arch. de l'H.-D.*, n° 113, an. 1213). On a gardé, plus tard, mention de la dessaisine-saisine dans les cas irréguliers, ainsi quand le seigneur achète dans son fief : Vidier, *loc. cit.*, pp. 384-385 (1246), à rapprocher d'un acte de 1247, *ibidem*, pp. 385-386, où il n'est plus question de dessaisine-saisine, l'investiture ayant dû s'effectuer régulièrement devant le seigneur. — Il est possible que la substitution des actes, relatant simplement la convention passée entre les parties aux notices qui retraçaient l'histoire de la négociation toute entière avec les diverses interventions et formalités, explique cette simplification dans le style des actes vers le milieu du XIII^e siècle.

(1) *Arch. de l'H.-D.*, n° 827 (1288) ; A. N., Y², f° 69 (1328).

(2) *Arch. de l'H.-D.*, n°s 78-79 (1205) ; n° 158 (1222) ; n° 202 (1224) ; n° 676 (1259) et autres cités *infra* ; la clause manque parfois cependant : *ibidem*, n° 763 (1273) ; n° 792 (1280) ; n° 795 (1281).

(3) Cf. Brissaud, pp. 1598-1599.

(4) C'est ainsi que M. Champeaux, pp. 230-231, explique le texte du *Gr. Cout.*, p. 277, cité *supra*, p. 25, n. 3 ; mais ce texte parle indifféremment de la vente et de la donation.

(5) Deux actes de vente de 1308 et de 1329 sont reproduits, mais avec des coupures, au *Cart. de N.-D. de Paris*, III, p. 66 et p. 216 ; l'étude du style des actes est rendue difficile par cette habitude de beaucoup d'éditeurs, cependant consciencieux, de supprimer les formules.

le milieu du ^{xiv}^e siècle, que la clause est déjà usuelle, sans être encore devenue absolument de style (1); l'acte connu de 1357, par lequel Etienne Marcel, prévôt des marchands, acquiert l'*hostel au dauphin*, contient seulement la nomination d'un procureur pour effectuer l'investiture seigneuriale (2). A la fin du ^{xiv}^e siècle, la clause de dessaisine-saisine a été définitivement adoptée par les notaires du Châtelet de Paris, rédacteurs ordinaires des actes importants (3).

La clause comporte d'ailleurs quelques variantes; dans les actes de donation du ^{xiii}^e siècle, il est fait simplement mention de la dessaisine-saisine; mais, à la fin du ^{xiii}^e et au cours du ^{xiv}^e siècle, la dessaisine-saisine s'effectue le plus souvent par la remise des lettres (4); un acte de 1309 y ajoute une constitution de procureur *in rem suam* (5); un autre, de 1397, effectue la dessaisine-saisine par la tradition des clés (6). Tout cela dénote l'action du droit savant sur les habitudes des notaires; mais il reste, dans leur prédilection pour la remise des lettres, un souvenir de l'antique *traditio per cartam*. Nous pouvons d'ailleurs constater au début du ^{xiv}^e siècle, dans un acte malheureusement unique, la persistance du système de la tradition symbolique dans une aliénation d'alleu, où l'intervention du seigneur est par là même hors de cause (7): un seigneur ayant vendu une dîme au chapitre de Paris, s'en dessaisit publiquement à l'église et en saisit un représentant du chapitre par la remise de deux gerbes de blé et d'une aumusse; pour copier plus étroitement les formes habituelles, on a pris soin de dresser un acte de vente devant le prévôt de Paris, puis des lettres de saisine émanant du curé dans l'église duquel s'est effectuée l'investiture symbolique.

La généralisation dans les actes de la clause de dessaisine-sai-

(1) A. N., ^{XI}^a 10, f° 118 v° (1344) cité *suprà* p. 24, n. 5. Pour Pontoise, acte de 1309: Depoin, *Cart. de l'Hôtel-Dieu de Pontoise*, n° 154. — En 1340, dans une procédure d'exécution devant le Parlement, le débiteur exécuté se dessaisit dans les mains du Président, qui saisit l'acquéreur: ^{XI}^a 8, f° 107 v° (12 avril 1340) = Furgeot, n° 2876.

(2) Félibien, III, pp. 274-277.

(3) Acte du 29 avril 1397, dans *Mém. de la Soc. d'hist. de Paris*, 1907 pp. 149-151.

(4) Félibien, III, p. 206 (1296); *Arch. de l'H.-D.*, n° 855 (1292); n° 868 (1297); Depoin, *loc. cit.*, n° 154 (1309), pour Pontoise; A. N., ^{XI}^a 10, f° 118 v°.

(5) *Cart. de N.-D. de Paris*, III, pp. 179-180.

(6) Acte cité *suprà*, n. 3. Le *Gr. Cout.*, p. 233, texte critique donné *suprà*, p. 23, n. 1, parle de la retenue de l'usufruit à côté du *bail des lettres*, forme la plus habituelle sans doute.

(7) *Cart. de N.-D. de Paris*, III, pp. 303-305 (1336); cf., sur la question générale du transfert de propriété pour les alleux, Brissaud, p. 1289 et s.

p. 33 - le dr. des sujets de disposer d'eux-mêmes, cf. p. 68,
70

p. 80 l'introd. d'un baill. du Cr^e dans la Vallée : opposi-
tion, à cause de l'esprit d'indépendance ; ce n'est pas
sûr

p. 84 la tabla de Justicia = assise générale

p. 90 l'origine ibère du serment de respecter les franchi-
ses de la Vallée, cf. p. 79, l'ass. gén. des chefs de fam.

p. 92 s. organ. Judic. : le Juge me paraît être le baill.
(v. p. 141 art. 12, trace d'une anc. Justice)

p. 96 ets. substitution du tirage au sort à l'élection
qqes remarques à ce sujet

p. 109 - Le proc. des pauvres

p. 111 ets. Organis. eccl^s. ; élection du curé par les
paroissiens ... très curieux - Abus du particularisme

p. 132 ets. Ce qui est dit du dr. pénal est insignifiant
rien ne marque le passage du dr. de vengeance à un
droit plus moderne

p. 142 Commun. entre époux pas clair

p. 146 retrait féodal : c'est l'offre aux proches

p. 170 Restrictions à la liberté des frontaliers ; mais
non - V. p. 160 : il en est ainsi dès le xiv^e s.

sine, sous ces influences diverses, n'excluait naturellement pas l'investiture seigneuriale ; mais elle devait pousser la pratique à rattacher autant que possible à cette clause même les effets réservés jusqu'alors à l'investiture seigneuriale ; nous l'avons constaté dès 1344 (1). Toutefois, la conception même de la saisine coutumière s'opposait à l'entière adoption du système romain ; du moins put-on considérer que la clause de dessaisine-saisine autorisait par elle-même l'acquéreur à se mettre en possession de fait ; s'il réussissait à garder cette possession pendant an et jour, il acquérait la saisine dans le sens restreint que nous avons précisé. Ainsi, à côté de l'investiture seigneuriale qui conférait une saisine immédiate, avec ses pleines conséquences, la clause de dessaisine-saisine des contrats, suivie d'une appréhension de fait, conduisait, au bout d'un an, à une saisine variable dans ses effets mais suffisante, en tout cas, pour fonder la complainte en nouvelleté. Une très curieuse modification dans la terminologie des textes parisiens, à l'extrême fin du xiv^e siècle et au xv^e, manifeste la transformation qui s'est opérée dans la théorie de la saisine. J'ai déjà relevé que, pour les textes du xiv^e siècle, l'investiture seigneuriale confère une saisine de fait, indépendante de toute appréhension matérielle ; la saisine de droit, c'est pour eux la saisine héréditaire. Plus tard, pour certains textes, qui nous retracent l'évolution décrite, la saisine de droit, c'est la saisine résultant automatiquement de l'investiture seigneuriale ; la saisine de fait découle, au contraire, d'une possession de fait continuée pendant an et jour (2).

L'apparition de cette saisine de fait devait fatalement conduire, pour les censives, à un régime voisin de celui de l'investiture seigneuriale facultative qui prévalut définitivement au début du xv^e siècle ; pour les fiefs, où l'hommage se confondait pratiquement avec l'investiture, à un régime dissociant nettement ces deux formalités. De toutes manières, devaient être discernés de plus en plus clairement les deux aspects de la théorie de l'aliénation de la propriété ou des droits réels, l'aspect seigneurial et

(1) Cf. *suprà*, p. 25, n. 1.

(2) Le ms. fr. 21390, f^o 30 v^o (vers 1435), oppose très nettement la saisine par le seigneur féodal ou foncier, ou par perception de fait, mais le ms. fr. 10816 du *Gr. Cout.*, f^o 199 r^o et v^o, est encore plus net : si un individu endetté vend une rente sur son héritage, nous dit-il, l'acquéreur doit vite entrer en saisine du seigneur car, si le créancier faisait vendre l'héritage sur criées, l'acquéreur perdrait sa rente *puisque il n'en auroit eu saisine de fait ne de droit, de fait, car il n'en fu oncques payé, de droit, car le seigneur ne l'en vesti oncques*. Ce paragraphe, qui manque dans les autres mss. de d'Ableiges, doit être une addition postérieure, car sa terminologie ne concorde nullement avec celle de d'Ableiges.

l'aspect de droit privé. Une telle dissociation ne se serait sans doute pas faite si l'investiture seigneuriale avait su s'organiser aussi parfaitement sur le terrain du droit privé que sur celui du droit féodal. Le mécanisme était merveilleusement agencé pour permettre au seigneur de recouvrer ses droits fiscaux, mais il organisait beaucoup moins bien la publicité de l'aliénation effectuée, ce qui est le point fondamental en ce qui concerne le droit privé ; cette dessaisine-saisine devant le juge seigneurial, au cours d'une audience de moins en moins suivie par la population de la seigneurie, ensevelie ensuite dans quelque registre mal tenu et pratiquement peu accessible, ou cet hommage devenu une cérémonie vide de sens, à laquelle on procède sommairement, souvent par procureur, en présence d'un notaire, n'engendrent en réalité qu'une publicité tout à fait insuffisante, à une époque où le milieu juridique s'élargit dans cesse, dépassant singulièrement le cadre primitif de la seigneurie et où les relations d'affaires et les transactions immobilières se multiplient toujours. Spécialement, si l'on considère la ville de Paris, et au moins pour les héritages relevant des grandes seigneuries comme celles du roi, de l'évêque ou du chapitre, l'investiture seigneuriale ne suffit plus pour préserver pratiquement le régime des aliénations immobilières du vice si grave de la clandestinité ; ou, si l'on veut, elle ne permet plus qu'à quelques praticiens assidus aux audiences des seigneurs fonciers d'être au courant de la situation exacte, si compliquée, de nombre d'immeubles parisiens. En somme, comme au *xix^e* siècle avant la loi de 1855, le fonctionnement pratique du système dépend de l'intervention personnelle des gens de loi et spécialement des notaires (1), intervention qui présente par ailleurs, quand il n'y a aucun moyen de s'en passer, des inconvénients connus.

Pour remédier à ce défaut qui devait aller croissant, il eût fallu organiser sur des bases nouvelles la publicité, devenue insuffisante, de l'investiture seigneuriale. D'autres coutumes ont su élargir la publicité des aliénations immobilières, à mesure que le milieu juridique s'élargissait ; il suffit ici de renvoyer au système messin de la prise de ban (2), au système breton de l'appropriation par bannies (3) ; ces systèmes ont leur racine dans l'in-

(1) Cf., sur ce point, les observations de Brissaud, p. 1309.

(2) A. Prost, *Le régime ancien de la propriété à Metz ; la vesture et la prise de ban*, dans *Nouv. Revue historique de droit*, 1880, p. 1 et s. ; 301 et s. ; 573 et s. ; 701 et s., et Brissaud, pp. 1297-1298.

(3) M. Planiol, *Les appropriations par bannies en Bretagne*, *ibidem*, 1890, p. 433 et s., et Brissaud, pp. 1295-1297.

vestiture seigneuriale, mais ils ont su organiser une publicité efficace et, par là même, ils ont légitimement attaché d'intéressants effets de purge à l'accomplissement régulier des formalités prescrites.

Il eut suffi même, comme le surent faire les coutumes de nantissement, d'accentuer le caractère judiciaire de l'investiture seigneuriale, avec un bon système d'enregistrement dans un greffe accessible au public (1); dans ces coutumes du Nord, d'ailleurs, la participation traditionnelle à l'administration de la justice des *hommes jugeans* accroissait la publicité effective dont bénéficiaient les actes passés devant le tribunal (2). Chose curieuse, on songea à introduire ce système du nantissement dans la ville, prévôté et vicomté de Paris, à une époque où la crise de la propriété urbaine aggravait les inconvénients du régime parisien. J'ai déjà signalé, en passant, l'ordonnance rendue à Paris, le 27 mai 1424, par Henri VI, se disant roi de France et d'Angleterre (3); parmi diverses mesures prises pour résoudre la crise, ce texte ordonne pour l'avenir le nantissement des hypothèques et des rentes, sous peine de leur ôter toute efficacité à l'encontre des tiers (4); d'autre part, les titulaires de droits réels antérieurs à l'ordonnance ont un délai d'un an pour effectuer le nantissement de leurs droits (5). Il n'est pas possible de préciser davantage le système ainsi introduit, car les lettres royales annoncées pour organiser le système en détail (6) n'ont jamais été publiées ou du moins n'ont pas été conservées (7). Nous ne savons pas, notamment, devant qui ni dans quelles formes ce nantissement devait être effectué; d'autre part, le texte ne l'exige que pour les rentes et hypothèques, sans parler des actes translatifs de propriété. Mais il est bien certain que l'ordonnance de 1424 se réfère en gros au système de publicité des coutumes du Nord, auquel il emprunte

(1) Cf. Brissaud, pp. 1291-1295.

(2) Dans la région parisienne, la participation à l'administration de la justice des hommes de la seigneurie, encore courante au XII^e siècle pour les assises solennelles, semble avoir décliné promptement : Tanon, *Justices de Paris*, p. 80 et s. — J'ai relevé, t. I, p. 135, n. 3, quelques mentions des *placita generalia* qui disparurent assez tôt.

(3) T. I, pp. 481-482.

(4) Art. 6 (*Ord.*, XIII, p. 50).

(5) Art. 7, *ibidem*, p. 51.

(6) Art. 7 : *et tout ce que dit est dessus touchant le dit nantissement, tant au regard des droits ja constituez comme ceulx qui sont à constituer, reservons à declairer et exprimer plus à plain par nos autres lettres que sur ce entendons faire publier.*

(7) Il n'est plus question du nantissement, ni dans l'ord. de 1428 (*ibidem*, p. 135-138), ni dans celle de 1441 (pp. 339-347) qui ne fait, en somme, que développer les principes de la première.

notamment l'exigence essentielle du nantissement pour les hypothèques. A cet égard elle ne se contentait pas de renforcer le système parisien de l'investiture seigneuriale ; elle innovait entièrement, car à Paris, au plus fort de l'investiture seigneuriale, on n'avait jamais songé à y soumettre les hypothèques.

Cette innovation trop considérable entraîna probablement l'échec d'une réforme qui eût été à bien des égards excellente (1) ; les ordonnances qui furent rendues ultérieurement par Charles VII empruntent de nombreuses dispositions à celle de 1424, mais il n'est plus question du système du nantissement. En réalité, la pratique parisienne s'était peu à peu habituée à un régime de demi-clandestinité dans les transactions immobilières. On peut supposer qu'elle s'y adapta tout d'abord en ce qui concerne les hypothèques, qu'on ne songea jamais à soumettre à l'investiture seigneuriale ; des hypothèques aux rentes constituées, il n'y avait pas loin pratiquement, bien que le point de départ théorique fut tout différent ; j'ai même signalé une confusion commençante entre les rentes et les hypothèques (2), confusion qui conduira, au *xv^e* siècle, à un renversement complet dans la théorie des rentes constituées. Dès lors, on devait tendre à soustraire les rentes à l'investiture seigneuriale dont les hypothèques étaient affranchies ; on pouvait à cet égard soutenir d'une manière plausible qu'une perception de fait des arrérages de la rente pendant an et jour équivalait bien comme publicité à l'investiture seigneuriale. Des rentes, le raisonnement pouvait s'étendre à l'acquisition de la propriété elle-même se manifestant suffisamment par la perception des fruits ; et ainsi, du moins pour les censives, il parut possible d'accorder une saisine restreinte en dehors de l'investiture seigneuriale. Telles m'apparaissent, avec l'influence plus ou moins consciente du droit romain, les raisons profondes de la transformation qui s'effectua dans la pratique parisienne à partir de la fin du *xiv^e* siècle ; et j'ai l'impression que cette transformation se réalisa surtout, en fait, pour les aliénations de rentes, plutôt que pour les aliénations d'héritages en propriété. Cette transformation, qui s'était réalisée sans toucher

(1) Cf. t. I, p. 477 ; les art. 6 et 7 de l'ord. de 1424 ne distinguent pas nettement les hypothèques et les rentes : elle semble considérer simplement les rentes comme entraînant une hypothèque, de la même manière que les *debtes et obligations*.

(2) J'ai développé cette question, en recherchant les origines probables de l'ordonnance de 1424, dans une communication faite à la Société d'histoire du droit, le 9 février 1922, et dont un résumé a été publié dans la *Revue historique de droit*, 1922, pp. 328-329.

directement au principe de l'investiture seigneuriale obligatoire, aboutit, au début du xvi^e siècle, à une réforme radicale.

§ 4. — L'INVESTITURE FACULTATIVE

CONSTRUCTION D'UNE THÉORIE AUTONOME DU TRANSFERT DES DROITS RÉELS

La rédaction de l'A. C. de Paris acheva brusquement l'évolution qui s'annonçait depuis la fin du xiv^e siècle, ou plutôt elle mit cette évolution en brusque lumière. L'absence de documents pour la seconde moitié du xv^e siècle ne permet pas de déterminer dans quelle mesure exacte les rédacteurs de 1510 innovèrent ; mais il paraît probable qu'ils se bornèrent à consacrer par des textes formels les résultats principaux auxquels la pratique était parvenue à la fin du xv^e siècle.

La réforme ne fut expressément consacrée qu'en ce qui concerne les censives ; il n'en fut pas question, semble-t-il, lors des travaux préparatoires de 1507 (1). La célèbre maxime, *il ne prend saisine qui ne veut*, apparaît brusquement en 1510 et est ajoutée au titre des censives, sans doute sur l'initiative des commissaires royaux (2) ; par ailleurs, rien n'est changé au système traditionnel qui imposait la notification du contrat au seigneur dans les huit jours de l'acquisition et qui lui permettait d'exiger l'exhibition des lettres pour obtenir le paiement de ses droits (3). Pratiquement, la situation n'était pas modifiée par la consécration du nouveau principe ; comme au xiv^e siècle, le seigneur devait être vigilant pour conserver ses droits ; mais, comme au xiv^e siècle, il pouvait agir dès que l'acquisition était réalisée, car c'est l'acquisition même et non la dessaisine qui donnait ouverture à ses droits (4). D'autre part, rien n'empêchait de maintenir l'ancienne saisie censuelle qui, sans donner les fruits au seigneur, paralysait la jouissance de l'acquéreur. Cependant, la coutume était

(1) Cf. mes *Travaux préparatoires de l'A. C. de Paris*, p. 208, n. 2. Cependant cet article figure dans le ms. fr. 5256, qui peut d'ailleurs être postérieur à la rédaction définitive de l'A. C. Il ne figure pas davantage dans le *Coustumier de Chastelet*, p. 8, n. 1.

(2) Art. 56 ; V. le *Procès-verbal* sur l'art. 62. Cette maxime a été ajoutée par les éditeurs du xvi^e siècle au texte connu du *Gr. Cout.*, p. 233, que j'ai reproduit *suprà*, p. 23, n. 1, d'après les bons mss. Mais ce texte a trompé Brissaud, p. 1306, n. 1. En réalité, la maxime apparaît pour la première fois dans l'A. C. J'ai expliqué pourquoi les seigneurs ne firent pas d'objections, t. I, p. 411.

(3) Cf. t. I, p. 412.

(4) Cf. t. I, p. 412.

muette à cet égard et la pratique exclut le recours à la saisie pour assurer le paiement des droits ; sans doute ce procédé était peu à peu tombé en désuétude, les seigneurs préférant réclamer leurs ventes par voie d'action. Les effets de la réforme, surtout théoriques, étaient fort simples ; on effaçait définitivement le principe de la nécessité de l'investiture seigneuriale, qui avait été autrefois la clé du système, mais qui, depuis longtemps, ne l'était plus (1) ; en outre, on mettait hors de toute discussion une solution depuis longtemps admise : la simple possession de fait conférait la saisine, tout comme l'investiture seigneuriale (2).

En ce qui concerne les fiefs, les modifications pratiques furent plus considérables, bien que le principe n'ait pas été expressément formulé. Au ^{xiv}^e siècle, le seigneur avait droit aux fruits dès la mutation, ou tout au moins dès la démission de foi, et nous avons constaté qu'en cas d'aliénation du fief l'expédient du jeu de fief ne permit jamais à l'acquéreur de jouir des fruits licitement sans recourir au seigneur (3). De même, le seigneur pouvait exercer le retrait féodal au moment de la démission de foi ; la nécessité de l'investiture apparaissait ainsi au double point de vue de la jouissance des fruits et de l'exclusion du retrait féodal. La pratique ne pouvait écarter le retrait féodal, qui était de l'essence du régime, quoique contraire à la pure patrimonialité. Mais j'ai montré comment elle réussit à écarter les solutions traditionnelles concernant le gain des fruits, par une interprétation subtile de la maxime *tant que le seigneur dort, le vassal veille* (4) ; elle arriva à lier le gain des fruits, pour le seigneur, à l'exercice effectif de la saisie féodale, en sorte que le seigneur de fief fut obligé, pour la conservation de ses droits, à la même vigilance que le seigneur censier. L'acquéreur pouvait ainsi entrer en possession et cueillir les fruits, en attendant la saisie féodale qui le mettait en demeure de porter l'hommage et de payer les droits, si le seigneur ne préférait unir le fief à sa table. La pratique ayant ainsi réussi à modifier au profit de l'acquéreur toute la situation de

(1) Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 82, n° 8 (I, p. 791), constate qu'on s'est relâché de l'ancien système pour donner plus de liberté au commerce, surtout à Paris. Brodeau, I, p. 627, déclare que l'ancienne nécessité de l'investiture a été abrogée *per non usum*. L'art. 82 de la N. C. reproduisait l'art. 56 de l'A. C., en ajoutant que le droit de saisine n'était dû au seigneur que si la saisine était effectivement requise : cf. t. I, p. 411, n. 8.

(2) Brodeau, I, p. 627 ; de Laurière, I, p. 207.

(3) *Suprà*, p. 28 ; j'ai montré qu'il en était autrement pour les rentes que l'acquéreur pouvait percevoir, en fait, sans investiture.

(4) Cf. t. I, p. 317 et s. Il me paraît certain que cette interprétation déterminait le renversement de la théorie de l'investiture, car le gain des fruits était l'avantage essentiel de la saisine.

fait, il en résultait que l'investiture seigneuriale n'était plus nécessaire pour acquérir la saisine complète avec la jouissance des fruits ; ce qui était vrai pour les censives depuis la fin du ^{xiv}^e siècle au moins le devenait pour les fiefs à la fin du ^{xv}^e (1) et les auteurs pouvaient légitimement proclamer le caractère facultatif du recours au seigneur féodal, même en l'absence de tout texte formel (2).

Il suffit pour cela de séparer nettement les formalités de l'investiture de la prestation de foi et hommage ; au ^{xiv}^e siècle, l'aliénateur se devêtait dans les mains du seigneur en lui demandant de vêtir l'acquéreur qui se déclarait prêt à l'hommage. Au ^{xvi}^e siècle, l'hommage est l'affaire exclusive de l'acquéreur et reste en toute hypothèse obligatoire dès que le fief est ouvert ; l'investiture seigneuriale est tout autre chose ; elle peut ou non être demandée par l'acquéreur et se traduit par une simple mention inscrite au dos de l'acte. Elle est tellement incertaine qu'il n'a plus été pratiquement possible de lier à la démission de foi l'exercice du retrait féodal, ce qui était la règle au ^{xiv}^e siècle et, sans doute encore, jusque vers la moitié du ^{xv}^e siècle ; on impose à l'acquéreur du fief, comme à l'acquéreur d'une censive, l'obligation de notifier la vente au seigneur en lui donnant quarante jours pour exercer son droit de retrait (3). Sans doute, le plus souvent, le seigneur, constatant que le fief est ouvert, saisira féodalement et le déclarera, le cas échéant, uni à sa table ; il pourra même, selon Du Moulin, intenter le retrait par voie d'action, si le fief n'est pas ouvert, quoique le droit au retrait soit constant (4). Mais il n'est plus possible d'en subordonner l'exercice à la démission effective de foi qui est devenue une pure faculté. Cette modification dans l'aménagement de tout le système révèle la portée

(1) Il est impossible, naturellement, de préciser la date ; mais l'art. 13 de l'A. C., qui suppose le renversement de la théorie de l'investiture, en imposant la notification du contrat pour permettre l'exercice du retrait féodal, est déjà dans le *Coustumier de Chastelet*, art. 11, comme pratique indiscutée ; et j'ai déjà indiqué, dans l'*Introduction* de ce texte, p. v-vi, que l'ancien système est encore impliqué par une coutume prouvée en turbe, en 1464, et que j'ai publiée dans mes *Glanes de droit parisien*, n° 13, § 1. L'évolution s'est donc produite dans le dernier tiers du ^{xv}^e siècle.

(2) Voyez, par exemple, Brodeau, I, p. 627, qui, à propos de l'art. 82, parle du caractère facultatif de l'investiture pour les fiefs comme pour les censives. Il fonde la règle nouvelle, p. 628, sur le principe de la patrimonialité des fiefs et constate qu'elle est générale en France, sauf dans les coutumes de nantissement.

(3) A. C., 13=N. C., 20 ; de Laurière, sur cet article, I, pp. 62-63, montre très bien que cette règle suppose la disparition de l'ancien système parisien de l'investiture obligatoire.

(4) Cf. t. I, p. 325, n. 2.

théorique du principe nouveau. Le seigneur n'est plus l'indispensable ministre du transfert de droits qui s'est opéré et ses prérogatives traditionnelles s'exerceront désormais sans aucune liaison avec les diverses phases de ce transfert.

Mais, si l'on passe à l'examen des conséquences pratiques de ce principe, il faut bien constater qu'elles ne furent pas très importantes. Les auteurs répètent volontiers, après avoir déclaré que l'investiture seigneuriale est facultative, que l'acquéreur a presque toujours intérêt à y procéder (1), d'autant que le droit de saisine, pour les censives seules, est insignifiant et n'est pas d'ordinaire perçu par le seigneur (2). La grande raison donnée est que seule l'investiture seigneuriale fait courir le délai d'an et jour pour l'exercice du retrait lignager ; l'acquéreur qui n'y procède pas reste indéfiniment dans l'incertitude, en tant du moins que l'immeuble acquis est un propre de retrait. A cet égard, il n'y a aucun doute, car le texte de la coutume est formel (3).

A d'autres points de vue, l'utilité de l'investiture seigneuriale est plus discutable. Elle ne dispense plus, depuis 1510, de la nécessité de s'opposer aux criées pour conserver le droit ensaisiné ou inféodé (4). On admet encore au ^{xvii}^e siècle, semble-t-il, qu'elle confère immédiatement la saisine, avec la possibilité d'exercer la complainte en nouvelleté (5) ; pour certains auteurs, c'est un avantage notable sur l'appréhension de fait qui ne devient possession civile, engendrant la complainte, qu'au bout d'an et jour (6) ; mais d'autres auteurs contestent la nécessité, pour

(1) Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 82, n° 14 (I, p. 792) ; Brodeau, I, p. 629, n° 8 ; Ferrière, I, p. 1252, n° 10.

(2) Brodeau, I, p. 626.

(3) A. C., 172-174 ; N. C. 130. — Les détails seront donnés *infra*, à propos du retrait lignager.

(4) *Travaux préparatoires de l'A. C.*, p. 221 et n. 4 ; P. V. de l'ancienne Coutume sur l'art. 196, *selon la cote ancienne* ; *Observations*, de Simon Marion, f° 1, édit. Olivier Martin, p. 29.

(5) Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. I, glose 9, n° 14 (I, p. 115) ; cependant, sur l'art. 51, glose 2, n° 4 (I, p. 758), il semble considérer l'investiture comme une simple permission d'entrer en possession réelle ; elle ne transférerait donc pas par elle-même la possession. — Au ^{xvii}^e siècle, on n'a pas les mêmes scrupules ; de Laurière, *Cout. de Paris*, I, p. 207, suivi par Ferrière, I, p. 1251, n° 10.

(6) C'est l'opinion d'E. de Laurière, *Cout. de Paris*, I, p. 207 et surtout pp. 262-263, où il distingue nettement la possession civile de la possession naturelle. — Du Moulin précise, d'autre part, *In cons. Paris.*, art. I, glose 4, n° 48 (I, p. 62), que, par l'appréhension de fait, le vassal est saisi contre tous sauf contre le seigneur ; il invoque en ce sens un passage de Jean Faure, conforme au droit du ^{xiv}^e siècle, et qui va bien au delà de la conséquence qu'il en tire. La distinction est aussi faite par la coutume de Sens (A. C., 172 = N. C., 183) qui s'exprime tout autrement pour les censives (A. C., 103, 224 = N. C., 116, 227). Je n'ai pas retrouvé trace, dans la doctrine postérieure, de cette distinction qui apparaît à la fin du ^{xiv}^e siècle.

asseoir la complainte, d'une possession naturelle d'an et jour (1). Au XVIII^e siècle, si l'on en croit Bourjón, la pratique du Châtelet réconciliait ces thèses contraires en exigeant pour la saisine seigneuriale, comme pour la possession naturelle, une durée d'an et jour, en admettant d'ailleurs la jonction des possessions de l'aliénateur et de l'acquéreur (2).

Brodeau reconnaît aussi à l'acquéreur investi par le seigneur la préférence sur un autre acquéreur non investi, mais dont le titre d'acquisition est antérieur (3). Il s'appuie sur un arrêt du Parlement de Paris de 1595, recueilli par Louët (4). Mais son opinion était vivement contestée; on admet sans doute qu'entre deux acquéreurs successifs la priorité appartient à celui qui est entré le premier en possession, mais, à cet égard, la simple appréhension de fait présente le même avantage que l'investiture seigneuriale (5). Et il faut reconnaître que l'espèce alléguée par Brodeau n'impliquait pas la conséquence qu'il en tirait en faveur de l'investiture seigneuriale.

Ces hésitations de la doctrine et de la pratique s'expliquent très bien si l'on songe au caractère de cette investiture à la fin de l'ancien régime. Sans doute, les auteurs n'ont pas oublié que l'investiture était traditionnellement une formalité publique, s'effectuant même en jugement (6); et Du Moulin invective les juges seigneuriaux assez ignorants pour prétendre tenir cachés leurs registres d'investiture (7). A propos du retrait lignager, ils soulignent que la nécessité de l'investiture a été maintenue, non pas dans le seul intérêt du seigneur, mais pour prévenir les lignagers. Mais ils ne se font aucune illusion sur la publicité effective ainsi réalisée. Du Moulin soutient même, malgré la lettre de la coutume, que le délai d'an et jour doit courir de la publication de la vente et de sa connaissance dans le voisinage (8). Des édits

(1) Voyez un résumé de la controverse dans Ferrière, I, pp. 1527-1528, n° 39, qui estime que le délai d'an et jour n'est pas exigé par le texte de la coutume, pas plus que par l'ordonnance de 1667.

(2) *Droit commun de la France*, II, p. 510.

(3) *Cout. de Paris*, I, p. 629, n° 9.

(4) Brodeau sur Louët, lettre v, n° 1 (II, p. 669).

(5) Ferrière, I, p. 1251, n° 7 et 1252, n° 11; le débat porte sur l'application de la loi *Quotiens duobus*, C., 3, 32 de *reivendicatione*, c. 15.

(6) Voyez notamment Brodeau, *Cout. de Paris*, II, p. 228; pour cet auteur, même si le vendeur est resté en possession, l'investiture suffit pour rendre la vente publique et vaut tradition de droit; Du Moulin avait déjà souligné cette idée de publicité dans son apostille sur A. C. 173, après l'avoir développée dans son grand commentaire: *In cons. Paris.*, art. 1, v° *le seigneur féodal*, glose 1, n°s 29-30 (I, p. 31).

(7) Texte cité à la note précédente, n° 29.

(8) *Ibidem*, n° 30.

royaux essayèrent, à diverses reprises, d'ajouter à l'investiture une publicité efficace par insinuation en jugement au plus prochain siège royal, à l'exemple de ce que la N. C. de Paris décidait pour les alleux, à propos desquels il ne pouvait être question d'investiture seigneuriale (1). Mais ces édits entachés de fiscalité se heurtèrent, semble-t-il, à la résistance passive des tribunaux et de la pratique (2). Les juristes du XVII^e siècle s'efforcèrent seulement de garder à l'investiture seigneuriale un certain caractère de sincérité et de certitude en exigeant qu'elle soit inscrite sur le dos du contrat, à l'exclusion de toute feuille volante (3); c'était une bien faible barrière contre les possibilités de collusion entre l'acquéreur et les officiers seigneuriaux, à une époque où les arrangements transactionnels pour le paiement des droits étaient fréquents. Il semble cependant que l'Edit des insinuations laïques de 1703 suspendit le délai d'an et jour tant que l'insinuation du contrat n'aurait pas été réalisée (4); Bourjon témoigne que le Châtelet de Paris appliqua cet Edit dans un procès qui l'intéressait et il estime que cette disposition de publicité complémentaire était dans l'esprit de la coutume, *vu que l'ensaisinement est secret* (5).

Nous sommes ainsi parvenus au point extrême de toute cette longue évolution : l'investiture seigneuriale, qui a commencé par jouer un rôle essentiel dans le transfert de la propriété et des droits réels, ne sert plus au seigneur à percevoir ses droits et ne fait même plus courir le délai d'an et jour pour le retrait lignager. C'est une formalité morte dont le seigneur lui-même, protégé d'une autre manière, se désintéresse, et elle est morte parce qu'elle a cessé de s'accompagner de la publicité que réclamera toujours, sous une forme quelconque, un bon régime de transmission de la propriété.

Son effacement va permettre à la doctrine de dégager, enfin, sans souci de la féodalité, une théorie du transfert des droits réels.

(1) N. C. 132, cf. Brodeau, II, pp. 247-248; cf. art. 135, pour le cas où le seigneur a fait une acquisition dans son fief ou sa censive.

(2) Brodeau, II, p. 229, cite un édit de Henri III de novembre 1581 et un autre de 1630, mais l'un et l'autre furent révoqués. Cf. Loyseau, *Déguerpissement*, 3, I, 37, qui approuve les mesures prises par l'édit de 1581, tout en regrettant son caractère *bursal*.

(3) Brodeau, II, p. 629, n° 9; Ferrière, I, p. 1252, n° 13; à la différence de ces deux auteurs, qui considèrent le seigneur comme une personne publique et se contentent de sa signature privée, E. de Laurière, *Cout. de Paris*, II, p. 21, exige que les ensaisinevements et inféodations soient passés devant notaire, pour avoir au moins date certaine.

(4) Cf. déjà Laurière, II, p. 21, et Brissaud, p. 1310.

(5) *Droit commun de la France*, I, pp. 1045 et 1047.

L'étude approfondie du développement de cette théorie ne rentre pas dans mon cadre ; je dois me borner à quelques indications, d'après les jurisconsultes qui ont écrit spécialement sur la coutume de Paris. Du Moulin, qui n'a pas exposé cette théorie *ex professo*, se relie nettement aux théories romaines ; il déclare que la propriété n'est pas transférée par le contrat, mais par la tradition, réelle ou feinte (1) ; en ce qui concerne la tradition feinte, dont il énumère les modalités les plus courantes (2), il adopte tout simplement les théories des romanistes (3). Il affirme, notamment, que ni le bail des lettres de vente (4), ni la clause de dessaisine-saisine des notaires n'équipollent à tradition feinte (5). Mais il est retenu ici par des scrupules de théoricien et il est probable que son opinion ne concordait plus avec la pratique de son temps ; il était bien difficile de refuser à la clause de dessaisine-saisine les effets reconnus à la clause de rétention de l'usufruit ou à celle de constitut possessoire qui n'étaient comme elle que des formules vaines, faciles à inscrire dans les actes des notaires. Et de fait, au début du XVII^e siècle, Loisel proclame comme maxime générale que la clause de dessaisine-saisine des notaires a la même valeur juridique que la tradition réelle (6). Mais l'acte doit être passé par devant notaires et en présence de témoins ; et ainsi subsiste la garantie capitale pour les droits des tiers que présente l'intervention des notaires dans un régime de transmission occulte des droits réels (7).

(1) *In cons. Paris.*, art. 20, glose 3, n^{os} 3-11 (I, pp. 315-317) ; art. 33, glose 1, n^{os} 2 et 6 (I, p. 386), où il définit la mutation donnant ouverture au relief.

(2) *Ibidem*, art. 20, glose 5, n^o 14 (I, p. 326) ... *puta precarium, constitutum... vel retentionem usufructus... vel traditionem clavium in presentia rei... vel per ingressum emptoris de licentia venditoris... vel per traditionem instrumentorum acquisitionis feudi in quibus continetur jus competens venditori in illo feudo* ; énumération moins complète, mais où il ajoute le louage, art. 20, glose 3, n^o 11 (I, p. 317).

(3) Le texte cité à la note précédente se termine ainsi : *vel per alium modum fictae traditionis de quo vide per glossam et doctores*.

(4) Le texte cité, après avoir mentionné la tradition feinte par la remise des titres de propriété du vendeur, ajoute : *non autem per traditionem instrumentorum ipsius venditionis*.

(5) *Ibidem*, art. 20, glose 5, n^{os} 14-16 (I, p. 326) ; glose 3, n^o 11 (I, p. 317), il déclare toutefois qu'elle entraîne ouverture du fief, ce qui n'est pas la même chose ; art. 28, glose 1, n^{os} 12-16 (I, pp. 372-373), à propos de la vente des rentes ; art. 51, glose 2, n^o 5 (I, p. 578).

(6) *Institutes coutumières*, 5, 4, 7 = n^o 746 ; la solution était traditionnelle à Orléans (N. C., 278) ; les commentateurs adoptent la solution de Loisel, sauf une restriction pour les donations, à cause de la règle : *donner et retenir ne vaut*. Cf. E. de Laurière, *Cout. de Paris*, I, pp. 25-26 ; Brodeau, II, p. 627. — Il est possible que cette tradition tenace concernant les donations explique l'arrêt de 1595 dont il a été question *suprà*, p. 41, n. 4.

(7) Cf. à cet égard Brissaud, p. 1309.

On sait que l'assimilation de cette clause aux traditions feintes conduisit insensiblement à admettre que la propriété est transférée par le seul effet du contrat, et tel paraît être déjà le sentiment de Bourjon qui, en exposant les effets de la vente, ne parle même pas de la tradition ni de la clause de dessaisine-saisine (1). Par contre, Pothier maintient très fermement la distinction romaine entre le contrat, créateur d'obligations, et la tradition, translatrice du droit réel, tout en assimilant aux traditions feintes admises par les romanistes la clause des notaires, selon d'ailleurs la lettre de la coutume d'Orléans (2). Et il va jusqu'aux dernières conséquences de cette assimilation en préférant à un acquéreur en possession de fait un acquéreur dont le contrat, antérieur à la seconde acquisition, contenait une simple clause de tradition feinte (3). Le contrat avec tradition feinte est opposable à tous ; c'est le terme logique d'un système d'où toute préoccupation de publicité est absente.

(1) *Droit commun de la France*, I, p. 474 ; sur cette évolution en général, voyez Brissaud, p. 1308, et les textes qu'il cite, notamment la note d'E. de Laurière sur Loisel, 3, 4, 6 = n° 407.

(2) *Traité du contrat de vente*, n°s 313, 314, 318. — Il distingue parmi les traditions feintes la remise des clefs et la remise des titres, qu'il qualifie de traditions symboliques.

(3) *Ibidem*, n° 321 ; il se range à l'avis de Guy Pape contre Charondas et Belordeau ; je n'aperçois pas à quels principes se rattache un arrêt du Parlement de 1726, cité sous le n° 740 des *Inst. Cout.* de Loisel, qui, infirmant une décision contraire du Châtelet, préféra un acquéreur par contrat sous signature privée à un acquéreur postérieur muni d'un acte notarié avec clause de dessaisine et ensaisiné par le seigneur. Cet arrêt va au delà du sentiment de Pothier parce que l'acte sous signature privée ne comportait pas tradition feinte.

CHAPITRE II

La saisine et la protection possessoire

Nous avons déjà constaté, au chapitre précédent, que la saisine est une notion singulièrement mouvante et incertaine. Elle confère à celui qui en est investi une série d'avantages analogues à ceux dont le propriétaire bénéficie à titre définitif ; mais ces avantages peuvent n'être que provisoires, car la saisine n'est pas la propriété ; elle y conduit seulement, à certaines conditions que nous devons définir au chapitre suivant. D'autre part, la liste de ces avantages dépend, du moins au ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, de la manière dont la saisine a été acquise. C'est la conséquence, nous l'avons vu, de la pression exercée par les seigneurs pour maintenir leur situation dominante dans la transmission de la propriété et des droits réels. Mais ces variations n'ont jamais affecté l'effet essentiel engendré par la saisine et recherché avant tout par la pratique : le droit à la protection possessoire ; en sorte que saisine et protection possessoire nous apparaissent de bonne heure en étroite liaison, si étroite qu'à première vue saisine et possession se confondent. Et pourtant, ici encore et malgré les éléments de trouble apportés par l'influence romaine, il sera facile de marquer l'originalité de la notion de saisine coutumière. Dans l'évolution du procès possessoire, et malgré toute une phraséologie d'origine romaine, nous pourrions suivre les traces d'une conception primitive de la saisine fort éloignée de la simple notion romaine de possession. C'est cela même qui fait l'intérêt de cette étude qui déborde, quoiqu'on veuille, le cadre de la coutume parisienne (1) : l'examen détaillé du procès possessoire, tel qu'il s'est fixé dans

(1) Il n'y a pas eu, en effet, une coutume parisienne relative à la protection possessoire, mais seulement un style propre aux juridictions parisiennes et spécialement au Parlement de Paris. J'ai essayé de dégager les grandes lignes de ce style, sans prétendre épuiser les renseignements innombrables que fournissent les *Olim*. La question mériterait une monographie. J'ai cité autant que possible les arrêts intéressant la région parisienne, mais les règles suivies par le Parlement étaient générales. Je me suis borné, d'autre part, à consulter, comme ouvrages de doctrine, le *Style des Maucieux*, celui de du Breuil, les *Styles des Enquêtes* et des *Commissaires* et leurs appendices, publiés par M. Guilhaume.

la jurisprudence du Parlement de Paris à la fin du XIII^e et au cours du XIV^e siècle, serait de peu de profit s'il ne permettait de serrer d'un peu plus près cette fuyante notion de saisine, capitale pour l'histoire du droit coutumier. Après quelques observations générales sur la saisine, j'analyserai dans leurs grandes lignes les actions possessoires au moyen-âge et spécialement au XIV^e siècle, où les documents abondent ; quelques observations suffiront pour les derniers siècles, qui ne comprennent plus guère les notions traditionnelles.

§ 1. — OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA SAISINE
AU MOYEN-ÂGE

Les *Olim* emploient indifféremment les expressions *saisina* et *possessio* (1) et c'est seulement la doctrine qui s'efforce, avec plus ou moins de succès, de les distinguer (2) ; le contact du droit romain et de la tradition coutumière rendait inévitables cette confusion pratique et ces efforts doctrinaux. Si l'on veut y voir clair, il ne faut pas trop s'attacher aux mots, mais aller au fond des choses. Le droit romain classique a eu de la possession une conception précise, familière aux juristes ; c'est à cette conception qu'il faut comparer la saisine coutumière.

La saisine, tout d'abord, ne s'étend pas aux meubles, à la différence de la possession romaine : cette exclusion, sans doute, remonte à de très anciennes idées concernant la propriété des meubles (3). J. d'Ableiges présente comme une exception au principe le fait qu'on peut invoquer la saisine d'une succession mobilière ou d'un exploit de justice se caractérisant par la prise d'un meuble (4) ; mais ce sont là des exceptions purement apparentes, car la saisine porte sur le droit de succession ou le droit de justice considérés en eux-mêmes. Si, d'autre part, au témoignage du même auteur, le possesseur d'un meuble violemment dessaisi peut en demander la restitution, ce n'est pas en raison de sa

(1) Cf., par exemple, I, p. 29, n° VIII (1257) : *in possessione et saisina* ; il s'agit d'une justice à Noisy que se disputent Saint-Martin des Champs et le Prévôt de Paris.

(2) *Gr. Cout.*, pp. 230-232 ; pour J. d'Ableiges, la saisine naît d'une possession acquise d'une certaine manière ou prolongée pendant un certain laps de temps ; or, la saisine qui découle de l'investiture seigneuriale ou celle qui résulte de la maxime : *le mort saisit le vif*, n'impliquent aucune possession au sens romain.

(3) Cf. sur ce point, Champeaux, *Vestitura*, p. 61 et s.

(4) *Gr. Cout.*, pp. 238-239 ; *Ps. des Marès*, 118, et, sur ces textes, Champeaux, p. 100.

saisine (1) ; c'est une application de la réintégrande du droit canonique dont l'origine est absolument différente, bien qu'elle se soit parfois fondue avec la protection possessoire découlant de la saisine.

La saisine, par contre, s'étend à de multiples droits incorporels, alors que les Romains ne concevaient guère la possession que comme l'exercice extérieur du droit de propriété ; tous les droits incorporels se manifestent en effet par des actes extérieurs et ces actes extérieurs, dans certaines conditions de régularité et de publicité, fondent la saisine. A cet égard, les textes nous fournissent d'innombrables exemples : on invoque la saisine de rendre la justice, d'exercer des droits d'usage, de chasser, d'exploiter un homme comme son mainmortable, de percevoir des redevances ou d'exiger des services, de jouir d'une servitude sur le fonds d'autrui (2) ; inversement, on peut invoquer une saisine de franchise à l'encontre de ces divers droits (3) ou la saisine de commercer librement malgré les restrictions de droit commun ou les privilèges (4). On peut même acquérir une saisine contraire à une situation définie par un arrêt de justice (5). La saisine s'applique enfin aux droits spirituels, si variés au moyen-âge (6), et on sait l'usage qui en a été fait pour développer, en matière spirituelle, la juridiction des tribunaux laïques.

Le domaine de la saisine est donc immense. Certains scrupules de théoriciens ont fait adopter l'idée romaine de quasi-possession pour régulariser cette surprenante extension (7) ; mais c'est une

(1) Le texte fondamental est *Gr. Cout.*, pp. 225-226 ; on peut ajouter une série d'allusions dans le *Style des Maucieux*, ms. fr. 19832, f^{os} 10 v^o, 18 v^o, 19, 27 v^o. — Je n'ai pas à insister sur la réintégrande qui vient du droit canonique et n'a pas subi l'influence des idées coutumières ; cf. l'exposé très intéressant de Champeaux, p. 466 et s.

(2) Je ne puis esquisser ici un dépouillement qui serait très incomplet ; on peut voir les tables des *Olim*, v^o saisine ; les nombreux libelles reproduits par J. d'Ableiges dans son livre III, pp. 495-507, 509, 513-514, 516-520, 562 et s. ; ajoutez le ms. fr. 18419 du *Style du Châtelet*, f^o 88 v^o ; par contre, d'Ableiges donne, pp. 486-489, une série de formules latines d'interdits qui ne semblent pas en rapport avec la pratique de son temps.

(3) Sur la saisine de franchise en ce qui concerne les cens, cf. *Cout. not.*, 81 et ce qui a été dit *suprà*, t. I, pp. 444-445 ; *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f^o 299 v^o ; les habitants de Groslay se prétendent troublés dans leur franchise de passer à Saint-Denis sans payer un droit appelé *bocage*.

(4) *Olim*, I, p. 597, n^o XII (1264).

(5) *Gr. Cout.*, p. 255 ; *Ps des Marès*, 39.

(6) *Gr. Cout.*, pp. 253-254.

(7) *Olim*, II, p. 173, n^o III (1281) ; III, p. 172, n^o XXXI (1306) ; *Stilus curie*, 18, 1 ; *Gr. Cout.*, p. 195 (traduit des *Institutes* de Justinien, 2, 2, 2) ; ce passage est développé par les mss. fr. n. a. 3555, f^o 12, et Harley 4426, f^o 75 v^o, qui renvoient au traité d'Odo de Senonis ; ce texte semble avoir échappé à André Giffard, *Etudes sur les sources du droit français*, II. *Etudes de Sens et Jacques d'Ableiges*, 1913.

Ch. de St. Martin des Champs, n^o 1057 (1246) : l'évêque de Paris constate que l'abbaye de Herivaux est "in possessione percipiendi vel quasi" un demi-ruid de blé sur la dîme de Louvres.

distinction purement verbale qui apparaît sans doute assez tôt dans les documents de la pratique mais qui est loin d'être constante. Toutefois, le domaine de la saisine n'est pas illimité. On ne peut invoquer une saisine contre le bien public ni contre la morale (1); ainsi, un particulier ne pourrait pas se dire en saisine de ne pas payer la dîme imposée sous peine de péché (2); un laïque ne pourrait pas davantage se prétendre en saisine d'une dîme (3). D'une manière générale, l'état de fait protégé par la saisine doit être conforme à la raison (4). De telles restrictions, analogues à celles que l'on opposait en doctrine à la recevabilité des coutumes (5), étaient rendues nécessaires par l'étendue du concept de saisine.

Ce concept si étendu se révèle en même temps de la plus grande souplesse. Sans doute deux saisines ne peuvent pas coexister portant sur un même droit ou une même faculté : une saisine nouvelle ne peut être acquise que si la saisine ancienne est perdue (6). Mais, comme des droits très divers peuvent porter sur une même chose, on peut très bien concevoir aussi des saisines fort diverses. Il est très simple, par exemple, qu'un individu soit en saisine de recevoir l'hommage de tel fief dont un autre est en saisine d'être vassal (7); ces deux saisines n'ont pas le même ressort et ne s'opposent pas; elles peuvent faire l'objet, sur le même bien, de deux transmissions distinctes par investiture (8). Il en est ainsi de la nu-propriété et de l'usufruit, plutôt considérés sans doute, avant le triomphe des catégories romaines, comme des propriétés successives à temps (9); l'usufruit et la nu-propriété font l'objet de deux saisines distinctes transmises par

(1) *Ps. des Marès*, 110; déjà, en 1266, un arrêt des *Olim*, I, p. 661, n° III, refuse d'admettre une saisine contre le droit commun.

(2) *Ibidem*, 75.

(3) *Ordre de plaidoyer...*, ms. fr. 19832, f° 27; mais on peut acquérir une saisine, dans certain cas, contre une église : *Cout. not.*, 79.

(4) *Ibidem*, f° 27 v°.

(5) Le rapprochement est fait par *Ps. des Marès*, 110.

(6) *Ordre de plaidoyer...*, ms. fr. 19832, f° 26 v°; *Ps. des Marès*, 325.

(7) Cf. sur ce point Champeaux, p. 123 et s. et les textes qu'il cite; en raison de l'imprescriptibilité du lien féodal, le seigneur qui met la main sur la chose de son vassal à cause de sa supériorité n'acquiert ni la saisine ni la propriété à l'encontre du vassal : *Ordre de plaidoyer...*, f° 26 v°. — D'autre part, d'après le *Gr. Cout.*, p. 239, le seigneur peut se plaindre en nouvelleté pour sa directe quand son vassal est troublé dans sa justice.

(8) *Cart. de la Roche*, n° 15 (1208).

(9) Cf. par exemple : *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 364 (1152-1159); *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 468 (1193).

investiture séparée (1). Ou bien, si l'aliénateur se réserve l'usufruit, il met l'acquéreur en saisine quant à la nu-propriété (2). Il n'y avait pas plus de difficulté, sans doute, à concevoir la double saisine de la douairière et de l'héritier. Il est possible même qu'on ait reconnu au locataire une certaine saisine de jouir de la chose jusqu'à la fin du bail.

Toute cette construction première était fort logique ; mais elle entraînait quelque complication et se heurtait à certains égards aux idées romaines. Aussi nous constatons des contradictions dans les textes au *xiv^e* siècle, spécialement en ce qui concerne l'usufruitier et le locataire ; certains textes n'accordent à l'usufruitier et au locataire qu'une simple détention, conservant la saisine du propriétaire (3) ; d'autres leur permettent d'agir au possessoire pour la défense de leur droit, même contre le propriétaire (4). Le vassal même peut invoquer sa saisine contre le seigneur, admet-on en définitive, mais à condition de plaider devant sa cour (5).

La saisine s'acquiert de bien des façons ; il existe, pourrait-on dire, des saisines de droit, conférées par la vertu de la coutume, dont il a été parlé ou dont il sera parlé à propos de l'événement qui les engendre ; ainsi la saisine héréditaire, la plus importante de toutes, et sous réserve des distinctions qui seront faites ; ainsi l'acceptation de la garde ou du bail, qui confère au gardien ou bailleur la saisine des biens du mineur ; ainsi le mariage, qui met le mari en saisine des biens de sa femme ; ainsi la dissolution du mariage, qui confère à la veuve la saisine de son douaire, de ses propres et de sa part dans la communauté. Ainsi encore la mort du testateur, qui transmet à ses exécuteurs la saisine de certains de ses biens, quoique cette saisine des exécuteurs ait été plutôt,

(1) *Cart. de Paris*, n° 360 (1150) ; *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 468 (1193).

(2) *Arch. de l'H.-D.*, n° 158 (1222) ; n° 202 (1224) ; A. N., X^{1a} 8, f°s 125-126 (26 août 1340) = Furgeot, n° 3041.

(3) Cf. pour l'usufruitier : *Cout. not.*, 177 (22 nov. 1382) ; *Ps. des Marès*, 34 ; c'est cela sans doute que signifie un passage obscur du *Style des Maureux*, ms. fr. 19832, f° 29. Pour le locataire, *Ps. des Marès*, 108.

(4) *Ps. des Marès*, 109 ; *Gr. Cout.*, p. 248, qui restreint ce droit au titulaire d'un bail dépassant trois ans ; pour l'usufruitier, *Gr. Cout.*, p. 235. Mais, naturellement, le locataire ne pourra pas intervertir sa possession : *Sent. du Châtelet*, n° 100 (1409) ; l'affaire plaidée le 1^{er} mars 1330 au Parlement d'après X^{1a} 6, f° 92 v° = Furgeot, n° 220, n'est pas probante, car il n'y a pas accord sur les faits.

(5) *Gr. Cout.*, p. 239 ; le *Stilus curie*, 18, 26 (cf. Loisel, n° 759), donne une décision contraire, sans doute parce qu'au début les tribunaux royaux seuls connaissaient des procès possessoires et qu'en agissant en nouveleté le vassal eût dépouillé son seigneur de sa juridiction ; dans le même sens, *Ps. des Marès*, 324.

à ses origines, une saisine de fait (1). A côté de ces saisines de droit, il faut placer les saisines de fait et, en première ligne, celle qui procède de l'investiture du seigneur. Nous avons déjà vu qu'à côté de cette saisine de seigneur s'était dégagée peu à peu la pure saisine de fait résultant de l'occupation de la chose ou de l'exercice du droit pendant an et jour (2).

Tel est, dans cette longue liste des procédés d'acquisition de la saisine, le seul trait qui rappelle la théorie romaine de l'acquisition de la possession. Et encore la distance est grande entre la saisine coutumière d'an et jour et la possession romaine, d'autant plus grande, il est vrai, qu'on se rapproche des origines. C'était encore maxime courante, au début du xiv^e siècle, que saisine ne peut s'alléguer sans titre, ni bonne foi (3), et le rôle que jouera bien plus tard, dans l'issue du procès possessoire, la production des titres, montre que la saisine était tout autre chose, en son principe, qu'un simple état de fait (4). Malgré la différenciation déjà ancienne du possessoire et du pétitoire, le juge conservait, dans l'examen des questions de saisine, les mêmes préoccupations de titre et de bonne foi qu'il apportait dans le règlement des questions de propriété. Et, dans la réalité, il n'y avait pas entre la saisine et la propriété cette différence substantielle du fait et du droit qui est la base de la théorie romaine; entre les deux questions, il y avait plutôt une différence de degré qu'une différence de nature; la difficulté sur la saisine n'était pas examinée à

(1) Voyez, à cet égard, comment s'exprime encore le *Gr. Cout.*, pp. 233-234; le testateur se dessaisit dans les mains de ses exécuteurs par la tradition de son testament.

(2) Il est bien difficile de savoir exactement à quelle époque s'est fixé ce délai d'an et jour qui joue un rôle capital pour le droit à la protection possessoire; cf. sur la question en général, Champeaux, *loc. cit.*, p. 428 et s. Les *Constitutions du Châtelet*, § 53, parlent de la tenue d'an et jour; mais le texte est trop obscur pour permettre d'affirmer qu'il vise seulement l'acquisition de la saisine. Le *Stilus curie*, 18, 1, ne parle que du délai extinctif d'an et jour à dater de l'empêchement. Par contre, l'*Ordre de plaider...*, f^o 27 v^o, déclare nettement que, par an et jour, saisine est acquise ou perdue: cf. f^o 13 v^o; non moins net est le suppl. IV aux *Styles* publiés par M. Guilhiermoz (*Enquêtes et procès*, pp. 286-7, § 52); cf. A. N., X^{1a} 10, f^o 118 v^o (1344); X^{1a} 11, f^o 118 v^o (1346); pour la fin du xiv^e siècle, *Cout. Not.*, 133 (1373), 181 (6 sept. 1382); *Gr. Cout.*, pp. 231-233.

(3) *Ordre de plaider...*, f^{os} 26 v^o, 27 v^o.

(4) Voici quelques textes prouvant l'importance de l'examen des titres dans le procès possessoire: *Olim*, I, p. 533, n^o XIX (1262), pour Coutances, p. 851, n^o 1 (1271), pour Compiègne; II, p. 589, n^o I (1313); *Stilus curie*, 18, 8; *Styl. inq. et Com.*, Suppl. IV, § 31: *melius... quia probat titulum cum possessione*; ce texte ajoute: *et hoc de stilo et observantia, secus de jure*. Les textes n'admettent pas aisément, en partant des mêmes préoccupations, une saisine contraire au droit commun: *Olim*, I, p. 661, n^o III (1266); mais, si la saisine et le droit commun concordent, l'issue du procès est claire. *Olim*, III, p. 1097, n^o XXXII (1316); *Styl. inq.*, Suppl. IV, § 41.

fond (1), comme elle l'était sur la propriété, mais elle l'était avec les mêmes méthodes et les mêmes soucis d'équité. Cela s'imposait d'autant plus qu'au moins à l'origine, la décision sur la saisine réglait pratiquement la difficulté.

Mais on ne tarda pas à s'apercevoir qu'un tel système s'éloignait fort du droit romain et on chercha à s'en rapprocher, sans rompre entièrement avec la tradition. La pratique dut admettre de bonne heure qu'une situation de fait prolongée pendant an et jour méritait par là-même d'être protégée, en dehors de tout titre ; sa durée même lui confère une certaine valeur et d'Ableiges admet que l'occupant au bout d'an et jour n'a pas à invoquer de titre ; il peut répondre : *possideo quia possideo* (2). Encore faut-il que l'occupation ait été sans violence ni précarité et publique. D'Ableiges peut encore, dans ces conditions, constater que le système coutumier est tout de même plus sûr que l'interdit *uti possidetis* du droit romain (3).

Et cependant, après avoir bien peiné sur la distinction de la possession et de la saisine (4), d'Ableiges semble admettre qu'en quelques jours, et sans attendre l'année, un possesseur de fait peut happer la saisine (5) ; sans doute, il ne pourrait pas bénéficier de la protection possessoire à l'encontre de celui qui avait la saisine d'an et jour, mais il serait préféré, comme possesseur de fait, à tout adversaire qui ne réussirait pas à établir sa vraie saisine. Cette solution se rapproche singulièrement de la conception romaine de l'interdit *uti possidetis*, mais on peut se demander si elle était adoptée par la pratique. Elle ne l'est sûrement pas au milieu du xiv^e siècle, comme l'établit un texte qui oppose au système coutumier d'an et jour le système romain qui laisse au juge le soin de déterminer le délai suffisant pour que la possession soit prise en considération (6). L'autorité de d'Ableiges n'est pas suffisante à elle seule pour nous faire admettre dans la pratique un

(1) Texte très caractéristique aux *Olim*, I, p. 850, n° XXXII (1270) : le prieur de Saint-Martin des Champs est maintenu dans sa saisine d'exercer la justice en un certain lieu contre le prévôt de Paris, après exhibition de lettres royales *que justiciam ipsam eis concedere videbantur*.

(2) *Gr. Cout.*, p. 232 ; voici le texte du ms fr. 10816, f° 185 v° : *possession usée et continuée pendant an et jour... induit saisine sans autre titre ne n'y fault rien dire fors que possideo quia possideo*.

(3) *Ibidem* : *et est tunc consuetudo quam interdictum uti possidetis*.

(4) *Gr. Cout.*, pp. 232-233.

(5) *Gr. Cout.*, p. 233.

(6) *Styl. inq. et com. suppl.* IV, n° 52 (édit. Guilhiermoz, pp. 286-87) ; ce texte nous rapporte que les laïques de son temps appellent *possession happée* la possession qui n'a pas été prolongée pendant an et jour ; la similitude d'expression avec d'Ableiges est curieuse.

aussi grave changement. En tout cas, le délai d'an et jour, qui a joué un rôle capital dans l'acquisition de la saisine, révèle à lui seul le lien étroit qui existe entre le procès possessoire des ^{xiii}e et ^{xiv}e siècles et l'ancienne conception de la saisine, avant la différenciation du possessoire et du pétitoire (1).

Ce lien n'apparaît pas moins bien lorsqu'on suit même sommairement l'évolution de ce procès possessoire dans la seconde moitié du ^{xiii}e siècle et au début du ^{xiv}e siècle (2). Les premiers arrêts des *Olim* nous déclarent que telle question est tranchée par la cour *quantum ad saisinam* (3); bientôt apparaît même la réserve formelle des droits des parties en ce qui concerne la propriété et cette réserve sera bientôt de style dans les arrêts (4). Un peu plus tard, nous trouvons les termes, qui deviendront techniques, de *possessorium* et de *petitorium*, pour désigner respectivement le procès sur la saisine et celui sur la propriété (5). Sans doute, il peut y avoir des difficultés de fait sur la question de savoir si le procès a été jugé sur la saisine seule, ou sur la propriété, ou sur les deux à la fois, car la séparation des deux procès n'est pas obligatoire; ces difficultés sont tranchées par un record de cour (6). Mais il n'existe pas le moindre doute sur la distinction des deux voies: le procès possessoire apparaît nettement différencié (7).

Il est plus difficile d'apercevoir les formes que revêt ce procès possessoire tel qu'il est pratiqué au Parlement de Paris. Dans nombre d'arrêts il est fait mention, avec des nuances de forme,

(1) Sur la manière dont ce délai acquisitif s'est substitué à l'ancien délai extinctif d'an et jour à dater de la publication de la saisine, cf. Champeaux, *loc. cit.*, p. 428 et s.

(2) Il faut voir, à cet égard, les observations pénétrantes de Champeaux, pp. 367-368 et surtout p. 441 et s.

(3) *Olim*, I, p. 4, n° V (1255); p. 8, n° XVI (1256), pour le Berry.

(4) *Olim*, I, p. 30, n° XII (1257); p. 50, n° XXIX (1258); p. 194, n° XIV (1264), pour Tournay; p. 208, n° VII (1265), pour Senlis; etc.

(5) *Olim*, I, p. 771, n° VIII (1269) pour Royaumeumt.

(6) *Olim*, I, p. 695, n° IV (1261), pour Sens; p. 771, n° VIII (1269), pour Royaumeumt; p. 805, n° XIII (1270).

(7) Voici quelques textes postérieurs sur la distinction du possessoire et du pétitoire: *Const. du Châtelet*, § 62; *Sent. du Parl. aux Bourgeois*, ms. fr. 5.900, f° 33 (procès plaideé en Parlement de 1291 à 1314): les coutumiers ne sont pas d'accord sur le délai dans lequel doit être intentée l'action pétitoire après le possessoire; les uns disent un an, les autres dix ans. La distinction du possessoire et du pétitoire n'exclut d'ailleurs nullement la possibilité de mêler au procès possessoire des questions touchant la propriété pour conforter la saisine; il suffit que les conclusions se limitent au possessoire: *Ordre de plaidoyer...*, f°s 8 v°, 13 v°; *Gr. Cout.*, pp. 247-48. *Contrà*: *Ps. des Marès*, 300. A la fin du ^{xiv}e siècle, il faut agir au pétitoire dans l'année: *Gr. Cout.*, pp. 256-257.

Ch. de St. Martin des Champs, n° 1156 (13 déc. 1258): distinction très nette, à propos de la justice de Nuisy, de la saisine attribuée aux moines et de la propriété sur laquelle on plaide. D'ailleurs le roi fait promettre simplement que les moines peuvent continuer à jouir paisiblement de leur saisine

[20.1.27]

d'une *nova dessaisina* (1) ou d'un empêchement apporté *de novo* à l'exercice d'une longue saisine (2); on reconnaît ici l'action qui deviendra, au xiv^e siècle, la complainte en cas de saisine et de nouvelleté; dans ces procès, l'attention se porte avant tout sur les exploits les plus récents, car il s'agit de rétablir une situation juridique qui vient d'être troublée; les investigations ne porteront, en conséquence, que sur une période assez proche du jour du débat. Mais, dans beaucoup d'autres procès, il n'est question ni de nouveauté ni de dessaisine (3); les parties invoquent une saisine immémoriale ou du moins des exploits par temps suffisant pour acquérir saisine, sans autrement préciser (4). Ici, les investigations portent bien plus loin dans le passé; les anciens exploits sont pris en considération. L'axe du débat semble s'être déplacé; ce n'est bien entendu qu'un débat possessoire, mais il ressemble à un procès sur la propriété.

On exagérerait la précision en reconnaissant dans ces deux séries de procès deux actions possessoires nettement différenciées avec leurs conditions d'exercice et leur procédure propre; on irait plus encore au delà des textes du xiii^e siècle en permettant à un possesseur dépouillé d'intenter successivement ces deux sortes de procès. Mais on ne peut guère douter que ces nuances si caractéristiques ne soient le point de départ d'une différenciation qui apparaîtra en pleine lumière vers 1330, dès que des juristes viendront mettre au point les résultats acquis par la pratique. Dès 1306, il semble bien qu'on peut apercevoir, dans un arrêt des *Olim*, un premier procès sur la *novitas*, mais qui laisse réservées et la question de propriété et même celle de saisine (5). En tout cas, il est bien certain que du Breuil connaît deux actions possessoires: l'action *de novitate*, ou *in causa novi-*

(1) Boutaric, n° 162 (1258); *Olim*, I, p. 656, n° XV (1266); I, p. 814, n° II (1270); la connaissance de ces nouvelles dessaisines appartenait au roi par prévention: *Olim*, I, p. 580, n° XIII (1264); cf. l'Ord. du 7 janvier 1279, art. 28 (Guilhiermoz, *Enq. et procès*, p. 610).

(2) *Olim*, III, p. 211, n° XL; p. 165, n° XVIII (1306); II, p. 502, n° I (1309); III, p. 1098, n° XXXIII et p. 1104, n° XXXVII (1316).

(3) L'opposition est faite très clairement par un arrêt de 1269: *Olim*, I, p. 781, n° XVI; il ne s'agit pas de *nova dessaisina set de jam diu facta*.

(4) *Olim*, I, p. 614, n° IV (1265); p. 833, n° XLVI (1270); p. 851, n° I (1271), saisine immémoriale; p. 908, n° LXVII (1272), saisine de plus de quarante ans; III, p. 223, n° I (1307); III, p. 119, n° XLV (1317): saisine immémoriale, exploits par temps suffisant pour acquérir saisine.

(5) *Olim*, III, p. 182, n° XLV: une enquête est faite par le bailli de Bourges sur la saisine alléguée par un couvent d'être sous la garde du roi, le comte de Sancerre soutenant le contraire; l'enquête prouve que l'*advocatio* du couvent est *nova* et qu'il n'a pas de texte; la main du roi est levée, réserve faite de tous droits *tam in possessione quam in proprietate*.

tatis, et une autre qu'il ne qualifie pas, mais dans laquelle le demandeur se dit seulement empêché dans sa saisine (1); mais il n'admet pas, en se basant sur un arrêt qu'il a vu prononcer, que le demandeur, ayant échoué sur la première, faute d'avoir prouvé la *novitas*, intente la seconde (2). Les Maucieux, plus précis que du Breuil, qualifient la première *d'action sur nouvel trouble* et la seconde *d'action sur vieux empêchements* (3).

Il est facile de reconnaître en ces actions, avec un manuscrit du *Grand Coutumier*, la complainte en cas de saisine et de nouvelleté et l'action de simple saisine, familières à la pratique parisienne de la fin du xiv^e siècle (4). Nous allons d'ailleurs bientôt trouver le nom même de cette dernière action : le *Style de la Chambre des Enquêtes*, publié par M. Guilhaume et qui est de 1333 ou de 1337, parle du cas où les plaideurs se disent troublés dans leur possession *et hoc simpliciter et non addunt de novo* (5). Et le quatrième supplément, publié par le même auteur et qui est de 1340, distingue le *possessorium super novitate vel super saisina simplici* (6); il admet même, avec un arrêt de 1340 et contre la jurisprudence attestée quelques années auparavant par du Breuil, qu'après avoir échoué sur la nouvelleté, on n'est pas déchu *a possessione simplici* (7). Cette fois l'évolution est achevée et l'action de simple saisine apparaît comme une étape intermédiaire entre la nouvelleté et l'action pétitoire. Nos anciens auteurs admettaient volontiers qu'elle avait été inventée par Simon de Bucy, qui fut premier président en 1345 (8). Tout au plus, l'au-

(1) *Stilus curie*, 7, rubrique de *defectu super reali actione vel possessorio alio quam novitatis*; 18, 2 : opposition entre l'assignation *super saisinam* et la *causa novitatis*; même opposition, 18, 15.

(2) *Stilus curie*, 18, 24.

(3) *Ordre de plaider...*, ms. fr. 19832, f^o 13 v^o.

(4) Ms. Vatican 4790, f^o 4 : *Nota que toutes actions réelles que dicuntur a re et super re moventur, ou elles sont propriétaires ou sur vuez empêchement pour recouvrer saisine que l'on dit aucunes fois cas de simple saisine; ou elles sont sur nouvel trouble et empêchement de saisine que les aucuns appellent cas de nouvelleté et les autres interdit de possession retenir; cf. Gr. Cout., p. 494, qui est moins net.*

(5) *Styl. Inq.*, § 197 (édit. Guilhaume, p. 232).

(6) *Suppl. Styl. Inq. et comm.*, IV, § 29, p. 283; il fait une comparaison de fond entre les deux moyens §§ 55-58, p. 288 : *inter istos modos agendi cum agitur simpliciter vel cum additur de novo... qui agit de possessione simplici.*

(7) *Ibidem*, § 59, p. 288.

(8) Choppin, *de mor. Paris.*, 3, 1, n^o 12, sur le fondement du *Gr. Cout.*, p. 253, qui ne dit d'ailleurs rien de tel; d'Ableiges déclare seulement que Simon de Bucy ne voulait pas qu'on mit aux arrêts sur les cas de nouvelleté la réserve, *sauf la question de propriété*, car la partie pouvait agir en simple saisine. Mais c'est bien du temps de Simon de Bucy, après l'arrêt de 1340, que cette petite question de forme devait se poser.

rait-il pu baptiser, car cette action de simple saisine, qu'on présente parfois comme une création mal venue (1), a en réalité sa racine dans les origines mêmes du procès possessoire. Indifférente aux exploits récents, attentive aux exploits les plus anciens, fondée sur les titres, chargée d'une procédure presque aussi compliquée que l'action pétitoire, elle reste le témoin de l'évolution accomplie dans le procès réel, et la saisine qu'elle sanctionne est la saisine coutumière, mieux encore que celle qui sert de base à la complainte. Mais, ce point essentiel étant mis en lumière, il nous faut revenir à la saisine du xiv^e siècle.

§ 2. — LES ACTIONS POSSESSOIRES AU XIV^e SIÈCLE

L'avantage principal de la saisine est de donner à son titulaire la situation de défendeur dans le procès sur le fond du droit et, par là-même, de le dispenser du lourd fardeau de la preuve (2) : si son adversaire n'établit pas positivement son droit, il restera saisi et gardera indéfiniment les avantages de sa situation jusqu'à ce que la prescription la consolide. Et c'est de cette nécessité de déterminer méthodiquement le demandeur dans le procès pétitoire que sont nées les diverses actions possessoires. Le même souci de rejeter toujours sur l'adversaire le fardeau de la preuve a conduit à raffiner sans cesse dans l'échelonnement et l'organisation même des diverses actions possessoires. C'est ce que nous constaterons en étudiant successivement les deux grandes actions possessoires pratiquées à la fin du xiv^e siècle (3) : la complainte en cas de saisine et de nouvelleté, et l'action de simple saisine ; quelques observations suffiront en ce qui concerne la dénonciation de nouvel œuvre qui se rapproche, à certains égards, des actions possessoires.

(1) Cf. Brissaud, p. 1257-1258 ; les vues de Champeaux, *loc. cit.*, p. 368 et p. 434, sont bien plus exactes.

(2) *Gr. Cout.*, pp. 232-233.

(3) Il n'y a aucun intérêt à insister ici sur le rapprochement fait au xiv^e siècle entre le système coutumier de la saisine et le système romain des interdicts. Voici seulement quelques indications : du Breuil tire sans cesse argument, en ce qui concerne l'action de nouvelleté, des textes romains relatifs à l'interdit *uti possidetis* ; cf. notamment *Stilus curie*, 18, 2. L'assimilation entre la nouvelleté et cet interdit est faite par le *Styl. Inq.*, § 196, p. 232, et le *Suppl. IV*, § 45, p. 285. Le *Gr. Cout.*, p. 232, qu'il faut voir dans le ms. fr. 10816, f^o 185, r^o et v^o, reproduit la distinction romaine des interdicts *adipiscendae*, *retinendae* et *recuperandae possessionis* ; il n'indique pas d'équivalent aux interdicts *adipiscendae p.*, mais assimile le cas de nouvelleté aux interdicts *retinendae p.* et l'action de simple saisine aux interdicts *recuperandae possessionis* ; ajoutez, dans le même sens, les textes cités *suprà* p. 54, n. 4, et *Gr. Cout.*, pp. 239-240 ; ms. fr. 10816, f^o 194 v^o, texte intéressant sur la simple saisine qui a disparu du texte imprimé.

1. — La complainte en cas de saisine et de nouvelleté (1).

— Cette action est donnée à celui qui est troublé dans sa saisine, tout en gardant la possession matérielle de la chose, et à celui qui est matériellement dépossédé mais qui est cependant considéré comme ayant conservé la saisine ; et elle est donnée à condition que le trouble ou la dépossession constitue une *novitas*, effectuée dans l'année qui précède la demande. Le demandeur doit donc prouver sa saisine et la nouvelleté de l'empêchement que le défendeur y apporta. Ainsi s'explique sans doute le nom de l'action (2).

Nous avons vu de quelle manière la saisine s'acquiert ; à défaut d'une saisine conférée par la coutume ou découlant de l'investiture seigneuriale, il faut une possession de fait publique, exempte de violence et de précarité et continuée pendant an et jour (3). Le demandeur titulaire d'une telle saisine doit bien se garder de dire qu'il est dessaisi, même s'il est effectivement dépossédé (4) ; il doit parler seulement d'un empêchement mis à l'exercice de sa saisine ; c'est un raffinement sur la pratique ancienne qui basait la demande de restitution sur la force ou la nouvelle dessaisine, raffinement analogue en ses effets à l'insertion dans l'interdit *uti possidetis* romain de la clause de possession vicieuse. S'il y a simple trouble, sans dépossession effective, il faut du moins que l'empêchement consiste dans un acte de la part de l'adversaire ; de simples menaces ne suffiraient pas (5).

(1) Cf. sur l'action, en général : Brissaud, pp. 1251-1256 ; Viollet, pp. 630-632. On admet encore volontiers, avec nos anciens auteurs (Viollet, p. 630, n. 1 ; Champeaux, *loc. cit.*, p. 487 ; *contra*, Brissaud, p. 1251, n. 6), que Simon de Bucy aurait forgé cette action en fondant en un seul divers moyens possessoires antérieurs. Le texte du *Gr. Cout.*, p. 253, invoqué en ce sens, est peu clair et plusieurs bons mss. se bornent à dire... *qui mist sur les cas de nouvelleté*, en supprimant... *premierement trouva* donné par le ms. fr. 10816, f^o 194. D'autre part, comme l'a remarqué Brissaud, le *Stylus curie* connaît déjà la *causa novitatis*. J'ajouterai que l'action sur nouvel trouble de possession des Mauereux paraît jouer le rôle de l'action en nouvelleté de la fin du xiv^e siècle et que l'*Ordre de plaidoier* ne connaît qu'elle, à côté de l'action qui deviendra la simple saisine : ms. fr. 19832, f^{os} 13 v^o, 14, 15.

(2) Le *Gr. Cout.* emploie indifféremment les deux expressions *en cas de saisine et de nouvelleté* ou *en cas de nouvelleté*, pp. 231-257, *passim*, mais le chapitre est intitulé simplement *des cas de nouvelleté*. Cette expression ou l'expression latine équivalente *causa novitatis* est habituelle dans les *Cout. not.*, 53. 133 et le *Ps. des Marès*, 3.38.40.96.108.118.177.310.317 ; l'expression complète se trouve cependant aussi : *Cout. not.*, 150 ; *Ps. des Marès*, 84. C'est l'expression officielle au Châtelet : *Sent. du Châtelet*, n^{os} 97-101. On devait insister sur le mot *saisine* du jour où l'on considéra que le demandeur n'était pas dessaisi, ce qui est déjà la doctrine du *Stylus curie*, 18, 3.

(3) *Gr. Cout.*, pp. 231-232 ; *Cout. not.*, 133 (1373) ; cf. le libelle de l'*Ordre de plaidoier*..., f^{os} 13 v^o-14.

(4) *Gr. Cout.*, p. 247 = *Stylus curie*, 18, 3.

(5) *Ps. des Marès*, 40 ; *Gr. Cout.*, p. 238 ; joignez *Ordre de plaidoier*..., f^o 26 v^o.

Dans tous les cas, le demandeur doit expressément déclarer qu'il s'agit d'un empêchement mis de nouveau à l'exercice de sa saisine ; la *novitas* est l'élément caractéristique de la complainte, celui qui la sépare de la simple saisine (1). Pour que cette *novitas* puisse être invoquée à juste titre, la complainte doit être intentée dans l'année de l'empêchement (2) ; c'est la règle fondamentale et qui justifie le caractère sommaire et rapide de toute la procédure, car il s'agit d'un empêchement récent, de vérification et d'interprétation faciles, et qui ne saurait porter atteinte à une saisine dûment établie. Si, au contraire, l'empêchement est déjà ancien, il est possible d'abord que, par une série d'exploits successifs, l'adversaire ait acquis lui-même la saisine (3). En tout cas, le demandeur n'a mis nul empressement à dénoncer l'empêchement ; il n'y a aucun motif de le faire bénéficier des avantages de procédure et de rapidité attachés à la complainte ; il suffira pour lui de la simple saisine (4). On est à ce point attaché à ces idées, à la fin du xiv^e siècle, que d'Ableiges permet au défendeur à la complainte d'opposer, avant toute défense au fond, une exception tirée de ce fait que l'empêchement remonte à plus d'un an (5). Du Breuil, à l'encontre de certains praticiens de son temps, n'admettait pas cette exception ; il lui suffisait d'obliger le demandeur à prouver, outre sa saisine, la *novitas* (6). Mais son opinion ne prévalut pas ; un manuscrit du *Stilus curie*, un peu postérieur (7), permet au défendeur d'invoquer cette exception et c'est ce manuscrit que d'Ableiges a suivi. La pratique accentue ainsi la différenciation des deux moyens possessoires et déduit une conséquence logique de la jurisprudence nouvelle qui, à partir de 1340, permit d'intenter la simple saisine après avoir échoué

(1) *Gr. Cout.*, p. 245 = *Stilus curie*, 18, 15.

(2) *Ps. des Marès*, 40.84 ; *Gr. Cout.*, pp. 237-238 ; *Styl. Inq. et com. Suppl.* IV, § 56, précise même qu'après l'année, le plaignant alléguerait en vain que la possession de son adversaire est vicieuse.

(3) Le *Gr. Cout.*, p. 237, après le *Stilus curie*, 18, 2, déclare qu'on ne peut agir en nouvelleté contre quelqu'un qui possède depuis an et jour.

(4) Le *Gr. Cout.*, pp. 237-238, réserve expressément cette possibilité.

(5) *Gr. Cout.*, p. 256 ; le texte est très corrompu ; il faut voir le ms. fr. 10816, f^o 195 v^o.

(6) *Stilus curie*, 18, 21-22 ; c'est une raison de simplicité qui détermine du Breuil ; puisqu'il faudra toujours plaider sur la question de saisine, autant le faire tout de suite et éviter deux procès.

(7) Ms. G. de l'édition de M. Félix Aubert, pp. 227-228 ; après avoir déclaré qu'il ne comprend pas très bien les raisons de du Breuil, il constate qu'un arrêt de 1347 a admis cette exception ; le texte du *Gr. Cout.*, p. 256, est bien moins net. M. A. Giffard, *Eudes de Sens et Jacques d'Ableiges*, pp. 30-36, considère ce fragment, qu'il reproduit, pp. 50-51, comme l'ouvrage d'Eudes de Sens.

sur la nouvelleté. Avec une jurisprudence aussi libérale, le demandeur ne risquait rien à intenter la complainte, même en se basant sur de vieux empêchements ; il lui restait le recours à la simple saisine ; il fallait donc permettre au défendeur d'arrêter la procédure *ab initio* par l'exception de surannation. Au temps de du Breuil, l'abus de la complainte n'était pas à redouter parce que le demandeur jouait toutes ses chances sur cette seule carte. Toutefois, une grâce spéciale du roi pouvait permettre au demandeur d'agir en nouvelleté un peu après l'expiration de l'année (1), notamment quand des circonstances de guerre avaient rendu plus difficile la vigilance de l'intéressé (2).

Le demandeur à la complainte (3) s'adresse au roi et obtient de lui une lettre de justice, adressée en principe au juge de la situation de la chose, où il lui prescrit de faire vérifier les faits allégués par le demandeur et de lever, s'il y a lieu, l'empêchement dont il se plaint (4). Ainsi s'est conservée l'idée d'un recours au roi pour rétablir la paix sociale menacée par le trouble, la force ou la nouvelle dessaisine (5). Le juge ou son délégué convoque les parties sur les lieux ; si le défendeur n'allègue pas une saisine contraire à celle affirmée par le demandeur et nie l'empêchement, le demandeur sera immédiatement ressaisi et les parties seront renvoyées devant le juge, qui confirmera l'exploit de son délégué (6). Mais si le défendeur affirme sa propre saisine et déclare avoir usé de son droit en mettant l'empêchement, le procès est noué (7). La complainte nous apparaît ainsi comme une action double où les deux parties se prétendent mutuellement en saisine (8).

(1) *Gr. Cout.*, p. 238.

(2) Exemple du 16 février 1362, en faveur des marguilliers de Notre-Dame dans Vidier, *Les marguilliers laïcs...*, *Mém. de la Soc. d'hist. de Paris*, t. 40, pp. 216 et 288, t. 41, p. 170.

(3) Le *Gr. Cout.*, pp. 235-236, 239 et 257 (qu'il faut voir dans le ms. fr. 10816, f° 196, et comparer avec *Stilus curie*, 13, 17), fait allusion à une procédure en cas de nouvelleté qu'il appelle voie de *simple ajournement* et qui est moins avantageuse que la *complainte*. Cette procédure, sans doute peu pratique, ne serait-elle pas une survivance de l'ancienne action possessoire non différenciée ?

(4) *Stilus curie*, 18, 1 ; *Gr. Cout.*, p. 237, et aux libelles, pp. 495, 497, 498, 499, 505 ; ms. fr. 10816, f° 299 v° ; cf. Bibl. nat., ms. lat. 4641, f° 30 (formulaire de chancellerie du temps de Charles V). Sur la compétence du juge du lieu, *Ps. des Marès*, 116.

(5) Cf. sur ce point Brissaud, p. 1247.

(6) *Stilus curie*, 18, 5.6 = *Gr. Cout.*, pp. 240-241 ; ces mêmes textes infligent une amende à celui qui confesse avoir mis à tort un empêchement.

(7) *Ibidem.* — Si le défendeur fait défaut, cf. *Stilus curie*, 18, 7-10 = *Gr. Cout.*, p. 241.

(8) *Gr. Cout.*, p. 247 ; toutefois, c'est le complainant qui est considéré comme demandeur principal.

L'opposition de leurs prétentions étant ainsi établie, le commissaire délégué par le juge place la chose dont il s'agit dans la main du roi qui conserve le droit des parties et empêche, par des sanctions appropriées, toute modification nouvelle à la situation de fait (1). Si l'empêchement qui a basé la plainte a, d'autre part, modifié le *statu quo*, il y aura lieu à rétablissement effectif ou par signe sur l'ordre du commissaire (2). La partie à qui le rétablissement est imposé doit s'y soumettre, sous peine de perdre son procès par là même (3). C'est proclamer pratiquement le principe qu'on ne peut se faire justice à soi-même et placer sous la protection du roi la situation de fait contestée, jusqu'à ce qu'une solution judiciaire intervienne.

Mais, malgré le caractère expéditif de la procédure, il se peut que la solution se fasse attendre. Chacune des parties peut réclamer la récréance de la chose mise dans la main du roi, c'est-à-dire la jouissance intérimaire pendant le procès. La récréance est pratiquée au Parlement dès le début du xiv^e siècle (4), bien que du Breuil n'en parle pas. Et, à la fin du siècle, d'Ableiges précise qu'elle doit être donnée à la partie dont le cas est à première vue le plus favorable, soit qu'elle réclame une franchise naturelle ou que son droit soit plus clair ou ses exploits plus récents (5). Il s'agit, en réalité, de trancher sommairement et provisoirement une sorte d'avant-procès possessoire et, pour cet avant-procès, on procède, semble-t-il, comme s'il s'agissait de la saisine même, bien qu'une enquête approfondie n'ait pas été faite (6). D'ailleurs, si le juge ne voit pas clair à ce premier examen, il peut refuser la récréance et laisser la chose simplement sous la main du roi,

(1) *Gr. Cout.*, pp. 241, 245, 246, 247 ; le commissaire prend toutes les mesures provisoires utiles pour l'administration de la chose : A. N., Y 5221, f^o 163 v^o (1399), un examinateur est nommé pour gouverner la chose ; *Sent. du Châtelet*, n^o 97 (1402), un sergent à verge louera la maison contentieuse et en percevra les revenus ; n^o 98 (1414), vigne gouvernée par la justice du lieu ; il peut être décidé, d'ailleurs, que l'une des parties percevra les fruits de la chose pendant la main-mise, X^{ia} 10, f^o 22 v^o (1^{er} mars 1344) ; précautions particulières quand il s'agit de choses spirituelles, *Gr. Cout.*, p. 254 ; *Sent. du Châtelet*, n^o 99.

(2) *Gr. Cout.*, p. 248-49 ; *Ps. des Marès*, 313 ; *Sent. du Châtelet*, n^{os} 88-99.

(3) *Gr. Cout.*, p. 249 ; *Ps. des Marès*, 317.

(4) *Olim.*, III, p. 162, n^o XII et p. 217, n^o XLVIII (1306) ; II, p. 589, n^o I (1313).

(5) *Gr. Cout.*, p. 250 ; cf. Loisel, n^o 766 ; *Cout. not.*, 123 = *Ps. des Marès*, 31 ; *Ps. des Marès*, 32 ; il y a une concordance remarquable entre ces textes et les textes cités *suprà* p. 50, n. 4, à propos du rôle joué par les titres et le droit commun dans le procès possessoire à la fin du xiii^e et au début du xiv^e siècle.

(6) *Gr. Cout.*, p. 251.

qui continue à peser théoriquement même sur la chose donnée en récréance.

Ces questions préparatoires étant réglées (1), la procédure doit se dérouler promptement, dégagée des incidents qui alourdissent habituellement les procès réels. Il n'en était pas ainsi dans la seconde moitié du XIII^e siècle, ni même au début du XIV^e siècle, avant la différenciation parfaite des deux procès ; on rencontre des jours de vue ou de conseil assignés dans des cas où l'action est basée sur un nouvel empêchement (2). Mais du Breuil les exclut expressément, l'assignation du commissaire devant la chose contentieuse tenant d'ailleurs lieu suffisamment de vue (3). Ces soucis de rapidité sont plus justifiés encore à la fin du XIV^e siècle, où la question réglée sur la complainte peut-être reprise sur la simple saisine (4). La même préoccupation de rapidité explique que la complainte ne comporte pas normalement d'exceptions. On admet seulement, outre l'exception de surannation dont il a été parlé, l'*exceptio alterius dessaisinae* qui permet au défendeur de répliquer au demandeur : « Tu ne peux te dire saisi, car tu m'as privé de ma possession par la violence (5). » Cette exception, qui est un souvenir de l'*exceptio spoli* du droit canonique, traduit en somme l'idée que la saisine ne peut être fondée sur la violence et que le possesseur dessaisi par violence peut se remettre lui-même en possession. Mais si, dans ce cas, le demandeur conteste que le défendeur ait été jamais en saisine, le juge examinera les deux saisines (6).

La procédure consistera essentiellement en une enquête, parfois faite par des spécialistes, et au cours de laquelle les parties s'efforceront de prouver leur saisine en alléguant des exploits,

(1) D'ap. le *Stilus curie*, 18, 14, la mission du commissaire est terminée quand il a mis la chose dans la main du roi et qu'il a renvoyé les parties devant le juge. — Le commissaire faisait un rapport détaillé où il rendait compte de l'exécution de sa mission ; bon exemple dans *Gr. Cout.*, pp. 500-504, des environs de 1365 : la complainte avait été intentée à l'encontre d'une partie qui avait ouvert une porte condamnée de toute ancienneté.

(2) *Olim*, I, p. 926, n° XI (1273) ; III, p. 1104, n° XXXVII (1316).

(3) *Stilus curie*, 18, 4.16.18.

(4) *Gr. Cout.*, p. 236. — On considère généralement et de bonne heure qu'un seul défaut, en cas de nouvelleté, fait perdre la saisine au défendeur : *Olim*, I, p. 833, n° XLVI (1270) ; p. 885, n° XII (1272) ; p. 926, n° XI (1273) ; *Stilus curie*, 18, 20 ; 6, 2 ; *Gr. Cout.*, pp. 242-243 = p. 463. Même solution quand le complainant fait défaut d'après *Olim*, III, p. 1099, n° XXXIV (1316) qui vise la coutume notoire du Châtelet de Paris. Mais le *Stilus curie*, 18, 11-13, admet que le complainant peut demander de nouvelles lettres, s'il est encore dans l'année de l'empêchement ; même doctrine dans *Gr. Cout.*, p. 242, qui cite une décision en ce sens.

(5) *Stilus curie*, 18, 23 ; cf. *Gr. Cout.*, p. 256.

(6) *Stilus curie*, 18, 24.

c'est-à-dire des actes extérieurs caractéristiques de leur intention d'exercer pour leur compte le droit dont elles se prétendent en saisine (1). En principe, la saisine sera adjugée à la partie qui prouve les meilleurs exploits au cours de l'année qui précède l'empêchement sur lequel a été basée la complainte (2); il suffit, en effet, d'une possession prolongée pendant an et jour pour acquérir la saisine fondant la nouvelleté. Le juge qui ne statue que sur la complainte doit donc, en bonne méthode, borner ses investigations aux exploits des parties pendant cette année décisive.

On ne retrouve donc plus, à la fin du xiv^e siècle, de formules adjugeant la saisine à celui qui possède au plus juste et au meilleur titre, ainsi que s'exprime encore du Breuil (3). Un tel souci d'examiner à fond le problème s'imposait au juge dont la décision sur la *novitas* réglait définitivement la question possessoire; la nouvelleté prouvée, il devait scruter dans l'ensemble la saisine invoquée par chacune des parties et décider si une série d'exploits anciens bien qualifiés ne devaient pas l'emporter sur des exploits récents, mais moins justifiés. Au xiv^e siècle finissant, alors que la complainte est la première étape du procès possessoire, le juge de la complainte reste dans l'esprit du système en n'approfondissant pas. Le dédoublement du procès possessoire a mis au premier plan l'étude de la situation de fait à la veille de la nouvelleté, tout comme dans l'interdit *uti possidetis*; seule, la règle de l'an et jour oblige le juge à ne pas s'en tenir à des constatations trop sommaires.

2. L'action de simple saisine (4). — La partie peu vigilante a laissé passé l'an et jour après l'empêchement mis à l'exercice paisible de sa possession. Elle ne peut plus invoquer la nouvelleté, mais elle n'est pas obligée pour cela de revendiquer son droit par l'action pétitoire, en assumant ainsi tout le fardeau de la

(1) *Gr. Cout.*, p. 236; rapport confié à des experts: *Sent. du Châtelet*, n° 101 (2 juillet 1399); il s'agit d'une question de servitude.

(2) *Gr. Cout.*, pp. 252-255; s'il s'agit d'exploits de justice, il faut observer qu'il y a une série de saisines sur les divers cas.

(3) C'est la doctrine de d'Ableiges, *Gr. Cout.*, p. 232; sans doute, les bons mss., par ex. le ms. fr. 10816, f° 194 v°, dans un passage non reproduit, p. 253, disent que la saisine sera adjugée *à celui qui a le plus juste et le meilleur titre*, et citent des textes romains relatifs à la *causa liberalis*; mais ce passage est emprunté à *Stilus curie*, 18, 8 *in fine*. Et un peu plus loin, dans un texte très mutilé, p. 253 *in fine*, d'Ableiges revient à sa doctrine: *item nota que tous cas de saisine et de nouvelleté sont de fait et l'en a plus regard au fait que au droit, comme tout ce est assez notoire*.

(4) Cf. Brissaud, pp. 1257-1258; Champéaux, pp. 499-500,

preuve. Elle peut recourir à l'action de simple saisine, en demandant que la saisine de la chose lui soit reconnue (1). D'Ableiges assimile cette action à un interdit *recuperandae possessionis*, tout comme il a rapproché la complainte d'un interdit *retinendae possessionis* (2). Mais ce sont là des rapprochements abusifs, car il ne s'agit pas ici de possession, c'est-à-dire de détention matérielle, mais de saisine, ce qui est tout autre chose. En réalité, l'action de simple saisine est fondée, comme la complainte elle-même, sur la saisine ; seulement, l'empêchement qui a porté atteinte à cette saisine étant déjà ancien, le demandeur ne peut recourir à cette procédure sommaire et expéditive, au moins en principe, qu'est la complainte. Il faudra qu'il fasse vérifier sa saisine par des procédés plus longs et sans jouir des mêmes avantages de procédure (3). C'est ainsi que la main du roi ne sera pas mise sur la chose contentieuse dont le défendeur gardera la jouissance intérimaire (4), car un délai assez long écoulé sans protestation de la part du demandeur a justifié dans une certaine mesure sa situation de fait et purgé ce qu'elle avait, en sa nouveauté, d'anormal et de contraire à la paix publique. On peut dire, si l'on veut, que le défendeur est en saisine en ce sens qu'il pourrait exercer de son côté la complainte. Mais il faut ajouter qu'il y a deux sortes de saisine, ou deux degrés dans la saisine, puisque la saisine du défendeur est toute provisoire, devant s'effacer devant celle du demandeur triomphant sur la simple saisine (5).

Il est si vrai qu'il y a deux degrés dans la saisine, que la partie vaincue sur la complainte peut remettre tout en question en intentant l'action de simple saisine. Dira-t-on qu'elle cherche à recouvrer une saisine perdue? En réalité, elle n'a perdu de sa saisine que les avantages essentiels, mais la saisine en soi subsiste

(1) *Gr. Cout.*, pp. 252-253, qui fait allusion à une controverse sur ce point ; ms. fr. 10816, f^o 194 v^o, qui a disparu des éditions gothiques ; ce texte constate qu'il vaut mieux agir au restitatoire qu'au pétitoire, parce que la preuve est plus facile ; on peut agir en simple saisine même pour les servitudes, de l'avis de Jean de Saint-Germain, *legum professor*.

(2) Textes cités *suprà*, p. 55, n. 3.

(3) Comparaison détaillée entre les deux procédures dans *Styl. Inq. et com. Suppl.* IV, §§ 55-58, p. 288 : la main du roi n'est pas mise sur la chose ; le demandeur peut alléguer, dans la possession de son adversaire, les vices de clandestinité, de violence ou de précarité ; il peut invoquer d'anciens exploits, le caractère juste de sa possession. D'après le *Gr. Cout.*, p. 237, la simple saisine comporte jours de conseil, de vue, de garant.

(4) *Gr. Cout.*, p. 238.

(5) Le *Gr. Cout.*, pp. 252-253, cherche à établir une distinction entre la nouvelleté qui serait acquise par an et jour et la saisine en soi, dépourvue de la qualité de nouvelleté : ainsi, un homme blanc qui devient noir ne perd pas la qualité d'homme, mais la qualité de blancheur seule.

comme base même de l'action. Pendant combien de temps cette saisine profonde survit-elle au fait qui l'a nettement contredite? Il est probable que la décision était laissée, au début, à l'arbitraire du juge ; à lui de décider si une saisine ancienne dûment colorée doit finalement faire oublier une longue négligence qui a laissé se créer une nouvelle situation de fait, elle-même plus ou moins qualifiée (1). Mais à la fin du xiv^e siècle, sans qu'on puisse déterminer sous quelles influences (2), le délai pour intenter l'action de simple saisine a été fixé à dix ans, à compter de l'empêchement (3).

Un procès engagé dans de telles conditions ne pouvait se limiter à l'examen des exploits récents, même échelonnés sur une année ; les textes répètent que, toutes choses égales d'ailleurs, ce sont les exploits les plus anciens qui valent le mieux (4) ; d'autre part, il est bon d'alléguer titre, ce qui n'est pas nécessaire en cas de nouvelleté, d'après d'Ableiges (5). Un tel procès présente des difficultés considérables qui justifient un déroulement lent et méthodique des débats, avec les étapes ordinaires des procès réels : vue, garant, conseil, que nous avons vu écarter en principe de la complainte. Il est presque aussi périlleux pour le demandeur que l'action pétitoire, sans rapporter les mêmes avantages.

Aussi ne pourrait-on concevoir la création récente d'un tel moyen, intercalé entre la complainte et l'action pétitoire. Bien loin que l'action de simple saisine soit une innovation de la pratique du xiv^e siècle, il faut y voir la suite ou la survivance de l'ancien procès sur la saisine, tel qu'il se déroulait avant le développement rapide de la complainte en nouvelleté. La complainte présentait de tels avantages en rapprochant de la possession romaine la saisine coutumière, sans en modifier radicalement la notion, qu'on n'eût pas songé en pratique, au xiv^e siècle, à forger un nouveau moyen possessoire en discordance avec toutes les conceptions romaines. Mais on ne se résigna pas à sacrifier le vieux moyen qui, malgré ses complications, reculait le débat plus difficile encore sur la propriété elle-même (6).

(1) Les textes cités *suprà* p. 53, à propos de la différenciation de l'action de simple saisine, ne parlent pas de délai.

(2) Champeaux, *loc. cit.*, pp. 430 et s., croit à des influences romaines.

(3) *Gr. Cout.*, p. 238.

(4) *Gr. Cout.*, p. 252.

(5) *Gr. Cout.*, p. 232.

(6) Seul, le *Gr. Cout.*, à ma connaissance, parle de l'action de simple saisine ; cependant, elle est encore pratiquée au Châtelet à la fin du xiv^e et au début du xv^e siècle ; cf. les textes cités t. I, p. 471, en ce qui concerne

3. **La dénonciation de nouvel œuvre.** — Nous en rencontrons un exemple très clair, de 1312, dans le cartulaire de Saint-Magloire, cité par M. Tanon (1) : le comte de Dammartin ayant acheté une maison en face de son hôtel, près de l'abbaye de Saint-Magloire, voulut établir, par-dessus la rue, un passage de communication ; le prévôt des moines dénonça aux ouvriers *le novele euvre*, en présence de quatre sergents à verge du Châtelet, et jeta solennellement une pierre, à trois reprises, sur les poutres déjà posées. Le comte se fâcha et recourut à des voies de fait, mais le Châtelet n'en ordonna pas moins la démolition des travaux. En 1340, un incident analogue fut réglé par le Parlement (2) : un bourgeois de Paris a acheté une maison *cum certis veutis et luminaribus seu fenestris* ; son voisin, chevalier et conseiller du roi, a entrepris la construction d'un mur qui doit nuire à ses vues ; il dénonce le nouvel œuvre, puis détruit de son autorité propre le mur commencé ; le chevalier, qui est sous la sauvegarde du roi, demande réparation du délit, et le bourgeois répond en vain que la construction du mur l'a troublé dans la possession paisible où il était de jouir de la maison avec ses vues. Le Parlement entend vider le cas délictuel avant de reprendre l'instance principale. Nous pouvons apercevoir ainsi que la dénonciation solennelle de nouvel œuvre est le prélude d'une complainte en cas de saisine et de nouvelleté.

C'est bien ainsi, d'ailleurs, qu'à la fin du xiv^e siècle le *Grand Coutumier* nous présente la chose (3) ; le formalisme du jet de la pierre est conservé, ainsi que la dénonciation devant témoins ; puis la procédure se noue sur la complainte en cas de saisine et de nouvelleté. La formalité extra-judiciaire de la dénonciation a pour but et pour effet d'arrêter immédiatement la construction et de remédier aux inconvénients économiques d'une démolition qui résulterait, dans la suite de la procédure, des principes du rétablissement (4). Toutefois, le constructeur peut être autorisé

les rentes, où elle était particulièrement utile. Ajoutez : A. N., Y 5229, f^{os} 134, 148, 180, 226, 259, 260 (1428) ; on lit en marge, *sentence en cas de simple saisine*, mais le texte est à peu près illisible.

(1) *Justices monastiques de Paris*, pp. 185-186.

(2) A. N., X^{ia} 9, f^o 111 v^o (21 juillet 1340) = Furgeot, n^o 3013.

(3) *Gr. Cout.*, pp. 88-89 ; ce texte, qui fait partie du chapitre général intitulé *des estats du Chastellet de Paris*, ne figure que dans les éditions du *Gr. Cout.* postérieures à 1533 ; mais il a été emprunté plus ou moins directement à certains mss. de cet ouvrage ; on le trouve notamment, avec quelques nuances de rédaction, dans le ms. fr. n. a. 3555, f^o 152.

(4) Le *Gr. Cout.*, p. 249, déclare, dans le même esprit, qu'on détruit seulement *ung petit et par signe* les édifices de grande valeur qui ont été construits de nouvel. Je suppose qu'il s'agit dans ce texte d'une complainte ordinaire qui n'a pas été précédée d'une dénonciation de nouvel œuvre.

par la justice à achever le nouvel œuvre pendant le procès, en baillant caution de le démolir si son droit n'est pas reconnu (1). Une sentence du Châtelet assimile correctement cette autorisation à la récréance du procès normal en nouvelleté (2). Il n'existe donc pas, à proprement parler, une voie de droit distincte : la dénonciation de nouvel œuvre constitue tout au plus, avec de curieux éléments formalistes, une variété de la souple complainte en cas de saisine et de nouvelleté (3).

§ 3. — LES ACTIONS POSSESSOIRES
APRÈS LA RÉDACTION DES COUTUMES

L'étude des actions possessoires après la rédaction des coutumes ne présente pas un grand intérêt historique ; les coutumes sont très brèves sur ce sujet (4) ; nous ne possédons pas, pour la période de transition du xvi^e siècle, le témoignage précieux de Du Moulin (5) ; les praticiens ont eu beau jeu pour régler cette matière, au moins jusqu'à l'ordonnance de 1667 sur la procédure qui a formulé des règles générales. L'historien du droit coutumier parisien doit se borner à rechercher rapidement ce que sont devenues, dans l'incertitude des doctrines, les règles antérieurement dégagées.

D'ailleurs, les questions possessoires sont loin d'avoir gardé

(1) *Sent. du Châtelet*, n° 115 (2 février 1396).

(2) A. N., Y 5221, f° 112 (20 février 1399).

(3) Brissaud, p. 1258, expose une conception un peu différente. Boutillier, au contraire, nous présente la dénonciation de nouvel œuvre comme une procédure toute distincte dans laquelle le dénonçant garde la situation de défendeur, les travaux devant être suspendus par la seule vertu de la dénonciation jusqu'à ce que le constructeur ait établi son droit : *Somme rural*, 2, 22, pp. 827-828 ; moins nets sont les textes suivants : 1, 20, p. 89 ; 1, 31, p. 197. Deux arrêts du Parlement, pour la région parisienne, X^{ia} 7, f° 56 (23 juin 1335) = Furgeot, n° 1223, et X^{ia} 8, f° 295 v° (19 août 1343) semblent justifier le point de vue de Boutillier et nous présenter le *casus denunciacionis novi operis* comme une procédure distincte. Rien n'empêche d'admettre, d'ailleurs, la coexistence de ces deux procédés.

(4) L'A. C. contenait sous son c. III *de complainte en cas de saisine et de nouvelleté* les deux art. 64 et 65, identiques à ceux du Projet de 1507 (*Trav. préparatoires de l'A. C.*, p. 212), et aux art. 50 et 51 du *Coutumier de Châtelet*, p. 9 ; la N. C. les a reproduits, art. 96 et 97, sans autre modification qu'une courte addition à l'art. 97 pour interprétation (cf. *Procès-verbal* sur l'art. 98), et elle y a joint, sous le n° 98, l'art. 73, relatif à l'action de simple saisine, que l'A. C. avait inséré au c. *des actions personnelles* ; ce petit remaniement a entraîné l'adjonction au titre du chapitre des mots et *simple saisine* : Olivier Martin, *Les Manuscrits de Simon Marion*, p. 69.

(5) Il ne reste de Du Moulin que quelques notes sur le titre, visant surtout la distinction du possessoire et du pétitoire, et des gloses insignifiantes sur les articles qui ont été publiés pour la première fois par Brodeau, édit. de 1681, I, pp. 843-847 et p. 851.

l'importance pratique qu'elles avaient au moyen-âge ; l'habitude de rédiger les contrats par écrit, et très souvent devant notaire, s'est grandement répandue, surtout depuis la célèbre ordonnance de Moulins qui restreignit le domaine de la preuve testimoniale (1). Dans ces conditions, la dispense de prouver son droit, qui était jusqu'alors l'avantage essentiel attaché à la possession constatée par jugement, perdit beaucoup de sa valeur et une partie munie de titres recourait plus aisément à l'action pétitoire.

Ces transformations entraînèrent tout d'abord la disparition de l'action de simple saisine ; nous avons constaté qu'elle est encore en usage au xv^e siècle ; mais dans son cas pratique d'application, en ce qui concerne les rentes, elle tend déjà à se confondre avec l'action personnelle en paiement des arrérages (2), ce qui lui fait perdre toute originalité, car l'action personnelle reposait sur le droit à la rente. Une trace de cette confusion subsiste dans le texte des deux coutumes (3), qui accueillent cependant la vieille action, mais qui la limitent expressément aux rentes (4). Il est probable qu'elle resta assez pratique au xvi^e siècle, tant que l'on considéra les rentes constituées comme des droits réels ayant une existence distincte ; mais quand elles devinrent de simples droits sanctionnés par une hypothèque générale, on ne pouvait plus guère intenter en ce qui les concerne la vieille action possessoire. On essaya pourtant, mais sans succès, de la maintenir pour les rentes constituées avec un assignat déterminé (5) ; il ne lui resta plus que le domaine bien plus restreint des rentes foncières ; mais, comme elles découlaient d'ordinaire d'un acte notarié, le crédi-rentier avait des procédés meilleurs pour obtenir paiement (6). Dès lors, la désuétude du cas de

(1) Cela a été bien vu par E. de Laurière, *Cout. de Paris*, I, p. 270, suivi par Ferrière, I, p. 1511, n^o 24 ; en sens contraire, Loisel, n^o 740 : *possession vaut moult en France*... ; il convient d'ailleurs de remarquer que le titre consacré par Loisel à la possession (Liv. 5, t. 4) se préoccupe plus de résumer la tradition coutumière que d'exposer la pratique de son temps.

(2) Cf. t. I, p. 471, n. 4.

(3) A. C., 73 = N. C., 98 : ...*et intenter le cas et poursuite de simple saisine et personnelle contre celui*...

(4) La N. C. de Clermont-en-Beauvaisis, art. 52, a conservé l'action de simple saisine avec sa portée ancienne, à la suite de l'A. C. qui reproduisait presque textuellement (art. 207-223) de nombreux paragraphes du *Gr. Cout.*

(5) Brodeau, *Cout. de Paris*, II, p. 97, n^o 3 ; cet auteur, p. 96, cite un petit traité du cas de simple saisine publié en 1601 par M^e Jacques l'Eschassier, avocat en Parlement, qui aurait voulu en généraliser l'usage ; Ricard, dans Ferrière, I, p. 1535, regrette aussi que ce moyen ne soit pas plus employé.

(6) De Laurière, *Cout. de Paris*, I, p. 267.

simple saisine devint irrémédiable. Elle est attestée dès le ^{xvii}e siècle et les auteurs qui ne sont pas familiers avec les antiquités parisiennes ne comprennent même plus le texte de la coutume (1).

La pratique a bien mieux conservé la complainte en cas de saisine et de nouvelleté, avec l'essentiel de sa constitution ancienne. On sait fort bien que s'étendant aux cas de trouble, de dessaisine et de force, elle contient en elle-même la réintégrande (2); mais on admet, au ^{xviii}e siècle, qu'en cas de violence et de spoliation la réintégrande peut être poursuivie extraordinairement par action criminelle (3); la réintégrande, qui peut toujours s'entacher d'elle (4); Pothier achèvera l'évolution en distinguant nettement deux moyens : la *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, s'il y a eu simple trouble ou dépossession sans violence, et la *complainte pour force ou dessaisine*, dite encore *action de réintégrande* au cas de violence (5); et cette distinction s'exprime pratiquement par ce fait que la réintégrande est donnée à tout possesseur, même si sa possession est viciée (6). D'autre part, certains auteurs admettent, en cas de dépossession violente d'un meuble, la possibilité d'exercer une action possessoire qui ne peut être que la réintégrande (7). Je n'ai rencontré, enfin, chez les commentateurs de la coutume de Paris, aucune trace de la dénonciation de nouvel œuvre considérée comme voie possessoire (8).

La complainte en saisine et nouvelleté est toujours comparée à l'interdit *uti possidetis* (9) et, quand il s'agit de déterminer son

(1) Cette désuétude est attestée par de Laurière, I, p. 270, qui, dans les pages précédentes, a exposé le fonctionnement de l'action avec les textes du ^{xiv}e siècle et qui cite même un texte, d'ailleurs douteux, de Boutillier, I, 31, p. 189, limitant déjà cette action aux rentes; Loisel, nos 761 à 765, a puisé largement dans le *Gr. Cout.* Ferrière, I, pp. 1537-1538, rapporte des sentiments d'auteurs unanimes sur sa désuétude et dont certains, comme Charondas et Choppin, sont de la fin du ^{xvi}e ou du début du ^{xvii}e; il estime que ce moyen est difficile à concilier avec les exigences de l'Ord. de Moulins concernant la preuve par écrit; Le Camus, d'après Ferrière, I, p. 1540, déclarait l'article inintelligible et bon à rayer.

(2) Cf. l'exposé historique très lucide d'É. de Laurière, I, p. 256; joignez Ferrière, I, p. 1510, n° 21; l'exposé de Brodeau, II, pp. 82-86, est plus confus.

(3) Ferrière, I, p. 1526, n° 35.

(4) Bourjon, *Droit commun de la France*, II, p. 512.

(5) *Traité de la Possession*, édit. de 1781, in-4°, t. IV, p. 551; p. 557 et s.

(6) *Ibidem*, p. 560.

(7) De Laurière, I, p. 265; cf. Champeaux, *loc. cit.*, p. 475.

(8) Ferrière, II, p. 1535, n° 24, après Brodeau, II, p. 483, n° 1, l'accorde en passant à tout titulaire d'une servitude visible ou invisible, pour la protéger contre un ouvrage nouveau.

(9) Du Moulin, I, p. 844, intitule le titre IV de son commentaire : *de interdicto uti possidetis et iudiciis possessoriiis*; cf., p. 846, n° 20; Brodeau, II, p. 97.

immense domaine, Pothier, seul, prend la précaution de parler, pour les droits incorporels, de quasi-possession, en reconnaissant que cette distinction n'a pas de conséquence (1). La complainte est toujours exclue en ce qui concerne les meubles, sauf l'exception traditionnelle pour les universalités que la N. C. a empruntée, semble-t-il, au *Grand Coutumier* (2); on entend par là, outre les successions mobilières, les pécules des religieux (3). Elle s'étend, par contre, aux immeubles et aux droits incorporels, comme les droits de justice, les dîmes, les droits de patronage et de collation, les droits honorifiques des patrons, les bénéfices, les offices seigneuriaux (4). On discute ardemment en ce qui concerne les offices royaux (5); quant aux servitudes, la règle qu'elles ne peuvent s'acquérir sans titre paraît incompatible, pour beaucoup d'auteurs, avec l'idée même d'une protection possessoire (6); d'autres ne mettent d'intenter la complainte à condition d'invoquer un titre (7). Il n'y a pas de doute qu'on puisse utiliser la complainte pour réclamer une rente foncière qui reste un droit réel distinct; mais le procédé n'est pas très pratique (8); quant aux rentes constituées, même avec assignat sur un immeuble, la plupart des auteurs repoussent la complainte comme l'action de simple saisine (9); cependant Bourjon, tout en déclarant absurde l'idée d'agir par voie de complainte contre le débi-rentier, approuve la pratique du Châtelet qui admet cette procédure entre deux personnes qui se disputent le droit à la rente (10).

La complainte n'appartient en principe qu'à ceux qui possèdent la chose pour leur compte et à titre propriétaire, et cela exclut le créancier-gagiste, le fermier ou locataire, considérés comme n'ayant que la possession naturelle ou détention (11).

(1) *Loc. cit.*, p. 535.

(2) A. C., 65; N. C., 97; cf. Sens, A. C., 104 = N. C., 117; de Laurière, I, p. 266; Loisel, nos 754, 756.

(3) Ferrière, I, p. 1519, n° 4, pour les pécules des religieux; Bourjon, *Droit commun*, II, p. 512, considère que l'article n'est pas susceptible d'application pratique.

(4) Énumération étendue dans Ferrière, I, p. 1521 et s.

(5) Brodeau, II, pp. 93-95; Ferrière, I, p. 1523.

(6) Brodeau, II, p. 89, n° 4; Bourjon, II, p. 512.

(7) Ferrière, I, p. 1524; Pothier, *loc. cit.*, p. 553. Cf. les art. nouveaux proposés par Le Camus, pour mettre fin à toutes ces controverses, *apud* Ferrière, I, pp. 1529-1530.

(8) De Laurière, I, p. 264.

(9) Ferrière, I, p. 1521.

(10) *Droit commun*, II, pp. 511-512; il renvoie à l'art. 98 de la N. C., sans même remarquer qu'il vise la simple saisine et non la complainte.

(11) Ferrière, I, p. 1508, nos 7 et s.

Cependant on l'accorde à l'emphytéote, à l'usufruitier et même au locataire de plus de neuf ans pour la défense de leur droit propre, car il appartiendrait au propriétaire d'agir si son droit de propriété était en cause (1). En ce qui concerne le vassal, il y a eu quelque flottement pour concilier ses intérêts avec le droit du seigneur de saisir au fief ; en définitive, il ne peut se plaindre pour tout ce qui touche la mouvance, mais il peut agir en nouvelleté contre son suzerain pour un droit de pêche ou de justice (2).

La complainte peut s'exercer en cas de simple trouble comme en cas de dépossession effective ; une parole ou un écrit contestant en justice le droit du possesseur est considéré comme un trouble (3) ; il suffit même d'exprimer une prétention dans un acte extrajudiciaire, comme si on se proclamait seigneur de la terre (4) ; ainsi se dégage peu à peu la théorie des troubles de droit distingués des troubles de fait, qui sera mise au point par Pothier (5). La coutume ne précisait pas à quelles conditions le possesseur pouvait agir en nouvelleté (6) ; elle entendait se référer, à cet égard, à la tradition ; mais son silence déterminait bien des divergences chez les auteurs qui n'étaient plus bien au fait d'une tradition si lointaine.

Il n'est pas discuté que la possession qui fonde la complainte doive être exempte des vices de violence, de clandestinité et de précarité, mais on ne recherche pas si elle est de bonne foi (7). La plupart des auteurs estiment qu'à cet égard l'exigence d'une possession d'an et jour constitue une précaution suffisante et dispensent le possesseur de toute justification de titre ou de bonne foi (8). C'est l'idée traditionnelle, dans sa signification essentielle, et E. de Laurière, qui connaît le mieux l'ancien droit parisien, ne craint pas de justifier par des textes du xiv^e siècle sa conception de la saisine. Mais la tradition est discutée ; tandis que Bourjon la maintient encore, Ferrière la rejette en constatant que ni la coutume, ni l'ordonnance de 1667 n'exigent la possession d'an et jour (9) ; et Pothier, dont le traité, sec et précis, est tout impré-

(1) Ferrière, p. 1520, nos 6-8 ; Bourjon, II, p. 511.

(2) Loisel, n^o 759 ; Bourjon, II, p. 512.

(3) Brodeau, II, p. 90, n^o 7 ; Loisel, n^o 751.

(4) Ferrière, I, p. 1524, n^o 26.

(5) *Loc. cit.*, p. 556 ; cf. déjà Bourjon, II, pp. 508-509.

(6) A. C., 64 = N. C., 96.

(7) Loisel, n^o 749.

(8) Brodeau, II, p. 88 ; de Laurière, I, pp. 262-263.

(9) Ferrière, I, p. 1527, n^o 39 ; Bourjon, II, p. 509.

gné d'idées romaines, ne fait pas même allusion à l'ancienne pratique (1). En dehors de la possession de fait, les incertitudes doctrinales concernant la saisine en cas d'aliénation entre vifs ont eu leur répercussion directe en notre matière (2) ; sans y revenir ici, je rappelle qu'en définitive l'ensaisinement seigneurial ne dispensa plus, malgré la tradition, de l'appréhension de fait pour conférer le droit à la complainte (3) ; mais dès qu'il est effectué, l'acquéreur peut joindre à sa possession celle de son auteur pour accomplir le délai. Enfin, sans conteste, les saisines de droit, comme celles de la douairière ou de l'héritier, conféraient par elles-mêmes la possibilité d'agir en nouvelleté (4).

La complainte doit être exercée dans l'an et jour du trouble ; il n'y a pas de doute sur ce point (5) ; le délai court contre tous, même contre les mineurs, et le roi n'accorde plus de lettres de relief (6). Le tribunal compétent n'est plus aussi strictement le tribunal de la situation de l'immeuble ; le défendeur peut être assigné au tribunal de son domicile (7). L'action s'intente directement, sans qu'il soit besoin de lettres du roi ou de requête (8) : il ne s'agit plus d'une nécessité de paix sociale exigeant l'intervention personnelle du souverain ; c'est un acte rentrant dans l'administration normale de la justice. Il n'y a pas d'intérêt à suivre la procédure en détail.

La question des preuves, au contraire, est importante. Les auteurs admettent en principe qu'il s'agit d'une question de fait et non de droit, que les titres sont en conséquence inutiles et qu'il n'y a qu'à prouver la possession par témoins (9). C'est la pure doctrine romaine ; mais on ne lui rend guère qu'un hommage platonique ; en dehors même du possessoire bénéficial, qui ne se conçoit même pas sans discussion des titres, la pratique prend largement les titres en considération et n'hésite pas à débouter au possessoire un usurpateur qui a bien prouvé sa possession de

(1) *Loc. cit.*, p. 554.

(2) Cf. *suprà*, p. 40.

(3) En ce qui concerne les effets de la tradition feinte, il y avait controverse : des auteurs, comme Ricard, exigeaient en plus la possession réelle et actuelle, mais leur opinion était vivement contestée : Ferrière, I, pp. 1517-1518 ; 1519 ; 1527-1528 ; Pothier, *loc. cit.*, p. 537.

(4) De Laurière, I, p. 269 ; Ferrière, *loc. cit.*

(5) Les deux coutumes le disent expressément : A. C., 64 ; N. C., 96.

(6) Brodeau, II, p. 90, n° 8.

(7) Ferrière, I, p. 1525, n° 32.

(8) *Ibidem*, p. 1526, n° 35.

(9) Cf. par ex. Brodeau, II, p. 88, qui excepte les matières bénéficiales.

fait, mais qui se heurte aux titres clairs de son adversaire (1). Outre que la solution est plus simple, puisqu'elle dispense de l'instance au pétitoire, elle n'implique pas une prime, même provisoire, à la mauvaise foi (2). En somme, la question ne sera vidée au possessoire que si les deux parties allèguent des titres qui, à première vue, n'ont rien de décisif. C'est très loin de l'idée romaine ; mais c'est une conception réaliste, conforme à la morale comme aux nécessités de la pratique, et qui perpétue en un milieu juridique bien différent la saine notion de la saisine du moyen âge (3) ; si provisoire que soit cette maintenue en possession, à la veille d'un procès pétitoire bien moins périlleux qu'autrefois, la saisine n'en constitue pas moins un avantage juridique. Pourquoi le juge exclurait-il, en le conférant, toute préoccupation de moralité ?

A cette question de preuve est étroitement liée la question de la récréance. Elle a cessé d'être, semble-t-il, un incident au cours du procès en nouvelleté. Ferrière paraît bien la considérer comme une action possessoire distincte tendant seulement à obtenir la jouissance par provision, le mot récréance étant employé surtout en matière bénéficiale et le mot provision en matière civile (4). En réalité, la complainte comporte des solutions diverses, selon la nature des preuves rapportées (5) ; si l'une des parties prouve clairement sa possession, elle obtiendra un jugement de maintenue qui lui donnera tous les avantages de la vraie saisine. Si les preuves sont moins nettes, le juge se bornera à lui conférer la jouissance provisionnelle qui ne vide pas au fond la question possessoire. Enfin, si la question reste incertaine, le juge décidera le séquestre de la chose pendant le procès pétitoire. Il est possible d'ailleurs que les parties, au lieu de réclamer expressément leur maintenue en possession, se contentent de conclure aux fins de récréance, avant d'aborder la question pétitoire (6).

(1) Brodeau, II, p. 88, n° 3 ; Ferrière, I, p. 1510, n° 21 ; Ricard, *apud* Ferrière, I, p. 1516 ; *ibidem*, p. 1524, n° 28.

(2) Ces raisons sont données par les auteurs cités à la note précédente.

(3) Loisel en a eu le sentiment très net, n° 740 : *possession vaut moult en France, encore qu'il y ait du droit de propriété entremêlé* ; il est possible que cette sorte de confusion ait été favorisée par la pratique des lettres de cumul permettant d'agir à la fois au possessoire et au pétitoire ; cette pratique est attestée par Du Moulin, I, p. 846, n° 15, mais elle fut condamnée par l'ordonnance de 1667 : de Laurière, I, p. 261.

(4) T. I, p. 1511, n°s 22-24.

(5) Brodeau, II, p. 88, nous dit, sans s'expliquer autrement, que la complainte comporte trois chefs : séquestre, récréance et maintenue.

(6) Cela paraît résulter de l'exposition de Pothier, *loc. cit.*, p. 557.

On tend visiblement à simplifier le procès possessoire qui, du fait de la différenciation et de la superposition des actions, avait pris, au ^{xiv}^e siècle, une exubérance excessive, bien propre à rendre les procès éternels, selon le vœu secret ou l'inclination naturelle de tant de praticiens.

CHAPITRE III

La prescription

Les actions possessoires n'ont pu naître et se développer en droit coutumier que du jour où la saisine, prolongée pendant un court délai, n'a plus suffi pour conduire à la propriété ; on a organisé alors une protection provisoire pour garantir à celui qui avait la saisine la conservation de son premier avantage : le gain des fruits (1). Dès que les documents coutumiers apparaissent, dans la région parisienne, ils nous marquent que cette étape est atteinte et nous présentent la prescription comme attachée à une longue saisine (2), en sorte qu'à la protection possessoire acquise par un court délai viendra se joindre, après un temps plus long, une inexpugnable situation au pétitoire découlant de la prescription ; et ainsi s'échelonnent, en bon ordre, les divers effets de la saisine : gain des fruits, protection possessoire, prescription.

Mais il subsiste cependant quelques traces d'un régime antérieur conférant des effets bien plus décisifs à la seule saisine d'an et jour ; dans la région parisienne, comme ailleurs, a été pratiquée la brève prescription d'an et jour et, si nous ne pouvons en découvrir l'origine, il convient d'en relever les survivances (3). La charte conférée par Philippe-Auguste à la commune de Poissy constate son existence (4) ; tout individu qui a acheté quelque

(1) Les textes du ^{xiv}e siècle rattachent aux conceptions romaines le principe que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens : *Gr. Cout.*, p. 339 *in fine* ; ms. Vatican 4790, f^o 7 *de possesseur de bonne foy* ; mais l'acquisition des fruits a toujours été le premier avantage reconnu à la saisine coutumière avant l'invasion des idées romaines : cf. Champeaux, *Vestitura*, pp. 246 et s.

(2) Cf. par exemple *Olim*, III, p. 656, n^o XXV (1311) : *...et per tantum tempus fuisse in saisina... quod sufficere debet... ad verum dominium... retinendum* ; *Ordre de plaider*..., ms. fr. 19832, f^o 12 v^o : *...par sy lonc temps que droit de saisine en fut acquis et par longue saisine le droit de propriété* ; *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f^o 171 : *prescription et usucapion est ung droit acquis a aucun par possession tenue par longtemps*.

(3) Sur la prescription d'an et jour et ses origines, cf. Champeaux, *loc. cit.*, pp. 376-399, spécialement p. 376, n. 1, dépouillement des systèmes sur ses origines ; Viollet, pp. 616-619 ; Brissaud, pp. 1263-1267.

(4) *Ord. des rois de France*, XI, p. 316, n^{os} 11-12 ; L. Delisle, *Cart. de Philippe Auguste*, n^o 214, date cet acte de 1188, suivi par Delaborde, *Actes*

chose d'une manière régulière gardera en paix son acquisition, si aucune réclamation n'est élevée contre lui dans l'an et jour ; il en serait ainsi d'une acquisition par succession ou de toute autre acquisition juste et raisonnable ; toutefois, conformément à l'équité, les absents pourront, à leur retour, réclamer en justice contre l'acquisition. Ce texte, malgré sa brièveté, dégage très suffisamment les traits généraux de la prescription d'an et jour ; c'est, tout d'abord, une prescription extinctive, un délai de forclusion contre ceux qui auraient des droits à revendiquer sur la chose (1) ; son point de départ doit être dans la publicité qui accompagne toute transmission de propriété du fait même de l'investiture seigneuriale ; cette investiture est une mise en demeure à l'encontre de tous ceux qui auraient des droits à faire valoir sur la chose (2). La mise en demeure ne peut valoir à l'encontre de ceux qui sont absents du pays, ni sans doute à l'encontre des mineurs, bien que le texte ne le dise pas, parce qu'aucun fait ne peut modifier la saisine des mineurs, d'après les conceptions du très ancien droit coutumier (3). J'ajouterais encore volontiers que cette forclusion ne pouvait être opposée aux personnes privilégiées, comme les églises, pour lesquelles il existe des règles spéciales, devant lesquelles la coutume s'incline (4). Il ne s'agit que de hâter, au lendemain d'une acquisition qui a toutes les apparences de la régularité, les réclamations de toutes sortes que justifie la complexité des droits susceptibles d'exister sur la chose. L'existence d'un titre est fondamentale, mais ce titre est tout autre chose que le *titulus* du droit romain ; c'est l'événement juridique qui rend juste et raisonnable la saisine de l'acquéreur (5), et l'acquisition par succession est un titre de la même manière

de Philippe Auguste, n° 234 ; Brissaud, p. 1266, n. 4, cite de nombreuses chartes de communes, en dehors de la région parisienne, consacrant la prescription d'an et jour ; le texte de la charte distingue nettement ce que le détenteur tient à titre de propriétaire et à titre de gage : *empta sicut empti, vadia sicut vadia* ; c'est seulement dans le premier cas que l'expiration de l'an et jour valait prescription acquisitive.

(1) Cf. sur ce point Champeaux, pp. 399-410 ; Brissaud, pp. 1266-1267.

(2) C'est, en somme, le résultat que produisit jusqu'au bout le système breton des appropriations par bannies, mais la coutume de Bretagne sut, au bon moment, renforcer par des mesures spéciales la publicité insuffisante qui résultait de l'intervention du seigneur.

(3) Cf. t. I, pp. 186-187 ; la réserve relative aux mineurs est expressément formulée dans l'arrêt de 1322 qui condamna la prescription d'an et jour.

(4) La persistance de ces réserves dans le système du xiv^e siècle m'apparaît bien plus comme une survivance du régime ancien, d'ailleurs conforme à la nature des choses, que comme une imitation des règles romaines.

(5) Les termes même de la charte de Poissy sont à relever : au n° 11, elle parle de choses acquises *juste et legitime* ; le n° 12 vise l'acquisition par suc-

qu'une acquisition entre vifs (1) ; c'est toute cause raisonnable qui a justifié l'investiture seigneuriale. Avec une telle conception du titre, il n'est pas besoin d'une exigence distincte de la bonne foi chez l'acquéreur ; la cause de l'acquisition doit être juste et raisonnable ; elle ne le serait pas, quelle que fût sa réalité juridique, si l'acquéreur était de mauvaise foi.

A côté de la prescription d'an et jour ainsi conçue, il a dû exister, dans la région parisienne comme ailleurs, une prescription basée sur une saisine immémoriale pour laquelle une seule condition était exigée : l'exercice public du droit, sans précarité, et prolongé si longtemps que nul témoin n'avait pu connaître un état de fait différent (2). Ici, la saisine immémoriale tient lieu de titre ou, comme on le dira plus tard, fait présumer son existence ; le fondement de la protection, malgré les apparences, est ici le même que dans la prescription brève, mais il a fallu tenir compte d'un fait très fréquent au moyen-âge : la disparition des actes écrits ou même l'établissement, sans rédaction d'écrit, d'une situation parfaitement régulière ; cette situation n'ayant pas été critiquée au lendemain de sa création, alors que le bénéficiaire avait des facilités pour établir son titre, tire de cette absence de contradiction initiale une apparence de régularité qui va se confirmant et se fortifiant à mesure que le temps s'écoule. Si le titre n'est pas exigé, c'est qu'il est raisonnablement impossible d'en rapporter la preuve ; la saisine immémoriale tient lieu de tout, sous réserve naturellement du droit pour l'adversaire de prouver que cette saisine a été vicieuse en son principe. Cette longue prescription, d'ailleurs, devait jouer surtout entre personnes morales ; car s'il s'agissait de personnes naturelles, la personne en saisine invoquait un titre suffisant pour la prescription d'an et jour en prouvant la saisine de son auteur et sa qualité d'héritier.

Mais, faute de documents directs, il n'est pas possible d'insister davantage sur cette prescription immémoriale du très ancien droit parisien qui ne s'absorbera pas toute entière dans la pres-

cession ou autrement *justo modo et rationabili*. Ces expressions sont tout à fait analogues à celles qu'emploient les textes quand ils définissent la saisine qui justifie la protection possessoire ; les deux théories ont leur racine commune dans la conception coutumière de la saisine.

(1) La même doctrine résulte d'un arrêt de 1260 ; *Olim*, I, p. 502, n° 28, qui admet, dans de curieuses circonstances de fait, le *titulum de herede* pour fonder une prescription longue.

(2) Cf. sur cette possession immémoriale, Brissaud, pp. 1270-1271. — En 1384, d'après Jean le Coq, *Quaestiones*, n° 40, les notaires et sergents d'Orléans ne furent pas admis à invoquer leur exemption en ce qui concerne les frais de réparation des murailles de la ville *quamvis proposuissent prescriptionem a tanto tempore cujus initii non extaret memoria*.

cription trentenaire du droit romain (1). On peut mieux suivre le déclin de la prescription d'an et jour, lorsque l'invasion du droit romain, aussi bien que le progrès juridique et économique réalisé au XIII^e siècle, soulignèrent l'insuffisance des prescriptions brèves.

Nous pouvons mettre une date, et assez basse, sur la disparition de la prescription d'an et jour dans la région parisienne. En 1322, le maire et les pairs de Poissy avaient encore admis la prescription d'an et jour au profit d'un acheteur qui avait possédé pacifiquement au vu et au su d'intéressés majeurs ; mais le prévôt de Paris, puis le Parlement réformèrent leur décision (2) ; sans doute, il y a des contradictions de fait dans les dires des deux parties, mais il paraît certain qu'il y eut une double condamnation de principe de la vieille institution ; en tout cas, il n'en est plus question après cette date.

Outre ce témoignage précis, on peut relever des survivances certaines de la prescription d'an et jour. Il est tout d'abord probable qu'elle revit, avec des effets très atténués, dans le délai d'an et jour qui est nécessaire, au XIV^e siècle, pour acquérir la protection possessoire, à défaut de l'investiture seigneuriale ou d'une saisine conférée par la coutume (3). Surtout, nous avons conservé des témoignages relatifs à cette forclusion des actions par an et jour qui est à la base de la prescription brève. Au début du XII^e siècle, Aubert de Brie a donné une terre à Saint-Martin des Champs, qui en a joui paisiblement pendant six ans ; c'est alors que Foulques de Nesles, qui a épousé une nièce du donateur, revendique la terre ; il est débouté par la cour d'Etienne de Garlande, à Gournay, dont relevait la terre, parce qu'il a agi *extra*.

(1) Mais dès le XII^e siècle, entre établissements ecclésiastiques, on invoque la prescription de trente ans et plus, sans titre, au lieu de la possession immémoriale : *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 340, cité par Champeaux, p. 382, n. 5 (débat au sujet de la propriété d'une église entre l'évêque de Meaux et le chapitre de l'église de Paris).

(2) A. N., X^{1a} 5, f^o 196 v^o = Boutaric, n^o 6746, qui cite textuellement le passage le plus important de l'arrêt : Alix la Chièvre, comme héritière universelle d'Oudard le Tailleur, réclame l'expulsion de Laurent de Fleury, occupant sans titre de deux maisons dont le défunt est mort vêtu : Laurent soutient qu'il est en possession à titre d'acheteur, au vu et au su de la dite Alix, depuis plus de six ans, et il invoque la prescription d'an et jour *de consuetudine notoria in castellania de Poyssiaco et in ejus communia*. — En 1268, le Parlement admettait encore la prescription d'an et jour dans la région de Tours : *Olim*, I, p. 748, n^o XXII, cité par Champeaux, p. 382, n. 5, et Brissaud, p. 1266, n. 4. On sait d'ailleurs que, dans la région de Touraine-Anjou, cette prescription subsista beaucoup plus longtemps : Brissaud, pp. 1267-1268.

(3) Cf. ce qui a été dit *suprà*, p. 50.

nuptiarum annum et diem (1). Le fondement juridique de la revendication n'est pas indiqué ; c'est tout simplement une *calumnia* comme en intentaient sans cesse, à cette époque, les parents des donateurs ; mais elle devait être intentée dans l'an et jour à dater du moment, en l'espèce le mariage, où la possibilité d'agir était ouverte. Le premier bienfait, sinon le but même, de cette prescription d'an et jour, fut donc de hâter la production des réclamations intentées par les membres de la famille à l'encontre des aliénations consenties par l'individu. On en trouve un souvenir direct dans le délai d'an et jour donné pour l'exercice du retrait lignager (2). L'an et jour excluant ainsi d'une manière péremptoire les réclamations contre une aliénation régulière, on comprend qu'au XIII^e siècle la garantie promise par l'aliénateur ne s'étende pas au delà de l'an et jour (3), ce qui deviendra tout à fait insuffisant avec l'apparition des prescriptions longues. Il y a là un faisceau d'informations précises qui, sans tenir compte de rapprochements plus incertains (4), jettent quelque lumière sur le rôle qu'a dû jouer la prescription d'an et jour dans le très ancien droit parisien.

Les témoignages les plus menus méritaient d'être relevés pour accroître le dossier juridiquement si important des prescriptions brèves. Mais c'est seulement au XIV^e siècle qu'on peut étudier, avec des textes suffisants, le système parisien de la prescription acquisitive, avant qu'il ne se perde, lors de la rédaction des coutumes, dans le système du droit commun.

(1) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 181 (1124-1126) : la terre est située à Chenou (arr^t de Fontainebleau), un peu en dehors de la région parisienne ; mais la cour de Gournay relève de la vicomté de Paris.

(2) Il en sera traité *infra* à propos du retrait lignager : sans doute, le délai d'an et jour pour le retrait court en définitive à l'encontre des mineurs à la différence de la prescription d'an et jour. Mais cette modification s'explique par l'évolution survenue au début du XIV^e siècle dans les procédés mis en jeu pour sauvegarder les intérêts des mineurs. On ne peut donc en tirer argument contre la filiation admise au texte, avec la plupart des auteurs : Viollet, p. 619 ; Champeaux, pp. 405-406 ; Brissaud, p. 1267.

(3) *Cart. de Cernay*, n° 287 (1228) : Raoul de Pacé, bourgeois de Paris, garantit *per annum et diem* une donation faite aux moines ; *Constitutions du Châtelet*, §§ 51 et 85. Cf. *suprà*, pp. 22-23.

(4) De très nombreuses applications du délai d'an et jour en ce qui concerne l'état des personnes, les engagements personnels et le patrimoine sont relevés par Champeaux, pp. 399-406. — Ajoutez *Chartes de Saint-Germain des Prés*, n° 301 (1201) ; A. N., X^{1a} 5, f° 595 v° (17 septembre 1328) = Furgeot, n° 9 : le Châtelet puis le Parlement admettent la prescription par an et jour de l'amende de champart emporté.

§ 1. — LA PRESCRIPTION AU XIV^e SIÈCLE

On peut dire, en gros, que la pratique parisienne reçut tout simplement le système romain de la prescription, sauf quelques nuances venues du droit canonique (1). Les Maucieux proposent de réserver aux meubles le mot d'usucapion, celui de prescription devant servir pour les immeubles (2); je ne sais si la consigne fut suivie à la lettre, mais, en ce qui concerne les immeubles, dont il sera seulement question ici, les textes emploient de préférence le terme de prescription (3).

La prescription la plus courte est la prescription de dix à vingt ans du droit romain (4); elle suppose une possession non entachée de violence, publique, exempte de précarité, bref la possession exigée pour fonder la protection possessoire. Cette saisine doit être continuée pendant dix ans si les intéressés sont présents; s'ils sont absents du pays, il est probable qu'encore à la fin du XIII^e siècle, la prescription était suspendue à leur égard indéfiniment, mais ils devaient être absents pour une cause légitime, comme le commun profit ou le service de Dieu à la croisade, et, d'autre part, ils devaient agir dans l'année de leur retour, sous peine de forclusion (5); on reconnaît ici la notion de l'absence dans la prescription d'an et jour. Mais bientôt le système romain

(1) Il est probable que cette sorte de réception se fit, en cette matière comme en d'autres, par l'intermédiaire des tribunaux ecclésiastiques; on en trouve un indice curieux dans une glose sur *Aliqua de stilo curie*, n° 4: certains coutumiers entendent la présence dans la prescription de dix à vingt ans du fait de résider dans le même diocèse, alors que d'autres l'entendent de la résidence dans le même bailliage. Cf. A. Giffard, *Etudes de Sens et J. d'Ableiges*, p. 40, qui rapproche à juste titre cette indication de la coutume du diocèse de Paris en cas de donation mutuelle entre époux, dont il a été parlé au t. I, p. 45, n. 7.

(2) *Ordre de plaider*..., ms. fr. 19832, f° 28 v° = *Gr. Cout.*, p. 199.

(3) J. d'Ableiges a consacré à la question le court c. 8 de son Livre II, pp. 198-199; le texte que donnent les éditions gothiques reproduites par Laboulaye et Dareste est médiocre; il y a intérêt à se reporter au ms. fr. 10816, f° 171. Le ms. Vatican 4790, f° 7, donne un texte différent qui a plus largement utilisé le Style des Maucieux.

(4) Il en est question dès la fin du XIII^e siècle dans les *Const. du Châtelet*, § 53, sous le nom de *longue tenue*, à côté de la *tenue d'an et jour*, ainsi que dans le ms. fr. 5900 des *Sent. du Parloir aux Bourgeois*, f°s 32 v°-33 v°, qui reproduit l'enquête faite par le Parlement près des bourgeois dans l'affaire de Jean de Montfort contre Hugue Adémar, affaire commencée en 1291 (Boutaric, n°s 2740-2741) et vidée le 29 avril 1314 (Boutaric, n° 4293); cf. Huisman, *La juridiction de la municipalité parisienne*, p. 195.

(5) Ms. fr. 5900, f°s 32 v°-33; la nécessité d'agir dans l'an et jour du retour au pays, souvenir très net de l'ancienne prescription d'an et jour, n'était pas admise par tous les bourgeois consultés; certains semblent avoir considéré que la longue tenue ne commençait contre les *forpaysés* qu'à leur retour: *ibidem*, f° 33 v°. D'autres admettent la prescription de vingt ans entre absents; *ibidem*, f° 33.

de la prescription par vingt ans entre absents effaçait tout (1) et, sans qu'on sache les détails, il est certain que l'absence s'entend tout simplement d'un éloignement matériel dont on ne recherche plus la cause (2).

La possession ainsi continuée doit être exercée de bonne foi et reposer sur un juste titre (3); le juste titre s'entend au sens romain et un texte nous déclare, à l'encontre de la jurisprudence du Parlement de Paris dans la seconde moitié du XIII^e siècle, que la succession n'est pas un titre pour prescrire (4). C'est rompre nettement avec la conception coutumière; et cette rupture rendait nécessaire l'adoption de l'idée romaine de bonne foi, bien distincte du titre juridique d'acquisition. Les préoccupations traditionnelles, en ce qui concerne les mineurs, s'accordaient d'ailleurs avec les idées romaines, et la suspension de la prescription nouvelle fut stipulée en leur faveur (5). Plus généralement, l'adage romain qu'on ne peut prescrire contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir, justifia des solutions probablement très anciennes avant de produire des conséquences neuves; ainsi la prescription est suspendue à l'égard de ceux qu'une *essoine* valable et loyale écarte du tribunal (6); elle est suspendue en temps de guerre (7) ou quand toute autre cause explique l'abstention de l'intéressé (8).

La prescription de dix à vingt ans produisait, par contre, dans la

(1) *Ordre de plaidoyer*..., ms. fr. 19832, f^o 28 v^o; *Gr. Cout.*, p. 199; *Ps. des Marès*, 232 = *Ps. Cout. de Charles VII*, p. 42; ms. fr. 5277, f^o 180 (18 nov. 1454).

(2) Les textes cités à la note précédente se bornent à parler d'absents, sans préciser; nous savons seulement par une glose sur les *Aliqua*, n^o 4, dont il a été parlé *suprà*, p. 78, n. 1, que les coutumiers discutaient sur la circonscription à considérer, diocèse ou bailliage, pour déterminer la présence ou l'absence.

(3) Les *Const. du Châtelet* et les *Sent. du Parloir aux Bourgeois* se bornent à exiger un titre bon, suffisant ou convenable; l'exigence distincte de la bonne foi apparaît avec le *Style des Maucieux*; le ms. Vatican 4790, f^o 7, donne comme possesseurs de bonne foi ceux qui possèdent par autorité de justice ou en vertu d'une acquisition à titre onéreux, quand ils croient le vendeur vrai propriétaire.

(4) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 7: l'héritier ne prescrit que par trente ans, car succession n'est vrai titre. J'ai cité *suprà*, p. 75, n. 1, un arrêt de 1260, en sens contraire.

(5) Cette suspension est prévue par tous les textes cités dans les notes précédentes.

(6) Ms. fr. 5900, f^o 33; ce cas de suspension doit être ancien; ce texte précise que la prescription ne court pas quand la chose est dans la main du roi, sans doute parce qu'il n'est pas possible d'agir contre lui.

(7) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 7.

(8) A. N., X^{1a} 6, f^o 316 (24 avril 1333) = Furgeot, n^o 712: un nu-propriétaire fait admettre qu'il n'a pu agir contre un tiers en train de prescrire pendant la vie de l'usufruitière et que la prescription n'a pas pu courir: *quia de jure cui non est consuetudo contraria non valenti agere non currit prescriptio*.

pratique coutumière du ^{xiv}^e siècle, un effet capital qui ne concordait peut-être pas très nettement avec les théories romaines ; elle éteignait les rentes et charges réelles qui grevaient l'héritage et qui n'avaient pas été expressément réservées dans l'acte d'aliénation. Cette conséquence était si importante que les notables du Châtelet, à la fin du ^{xiv}^e siècle, ne s'occupent guère de la prescription que pour préciser ce point de vue. De nombreux textes, dont le plus ancien est daté de 1370, affirment que tout individu qui possède un héritage paisiblement, à vrai et juste titre, pendant dix ans, prescrit toute redevance réelle entre présents, majeurs et non-privilegiés (1). C'est une application de l'effet extinctif qui est, au fond, à la base de la prescription par dix ans, comme il était à la base de la prescription d'an et jour. Tout propriétaire d'une maison tenue ouverte et garnie pendant an et jour acquiert saisine de franchise à l'égard des rentes grevant la maison (2) ; c'est l'ancienne prescription d'an et jour dont les effets sont limités à la saisine ; si sa jouissance paisible se prolonge pendant dix ans, il acquiert libération définitive de son héritage. Mais cette libération ne s'étend pas au chef-cens, qui est de sa nature imprescriptible, nous le savons (3). Il semble que l'on voulut excepter aussi la rente foncière stipulée lors de la première aliénation du fonds et qui garda longtemps quelque analogie avec le chef-cens seigneurial (4) ; mais l'unique témoignage relevé à cet égard ne permet pas d'affirmer que la pratique consacra cette exception.

En dehors de ces deux cas spéciaux, la règle devait être générale ; mais une difficulté sérieuse apparut lorsque s'introduisit l'usage de grever subsidiairement de la rente un second héritage, pour le cas où l'héritage principal affecté à son service se révélerait, dans l'avenir, insuffisant (5). Devait-on décider qu'en cas d'aliénation de ce second héritage sans réserve de la rente, l'acquéreur prescrirait, par dix ans d'abstention du crédi-rentier, sa libération complète ? L'abstention du crédi-rentier n'est-elle

(1) *Cout. not.*, 152 (22 avril 1370), 130 ; *Ps. des Marès*, 99.106.222.232 = *Ps. cout. de Charles VII*, p. 42 ; *Gr. Cout.*, p. 199 ; *Glanes de droit cout.*, 7 (12 janvier 1458).

(2) *Cout. not.*, 81, et autres textes cités, t. I, p. 467, n. 6.

(3) *Cout. not.*, 125 ; *Gr. Cout.*, p. 199 ; cf. t. I, p. 384, n. 4. D'autre part, le droit du seigneur d'intervenir quand un héritage relevant de lui est tenu en mainmorte se prescrit par quarante ans, d'après *Cout. not.*, 182 (1382) ; cf. *suprà*, t. I, p. 436, n. 8.

(4) *Gr. Cout.*, ms Vatican 4790, f^o 7, qui appelle *droit d'ineufretage* le droit du bailleur à rente ; cf. t. I, p. 448, n. 4.

(5) Cf. t. I, p. 474.

pas justifiée et même imposée par le fait que l'héritage grevé principalement de la rente en assume toujours le service? En 1370, le Châtelet de Paris ne crut pas devoir s'arrêter à ces considérations et maintint la règle générale de la libération par dix ans (1); mais, l'année suivante, le Parlement réforma sa sentence en appliquant à cette situation l'adage romain déjà signalé, que la prescription ne court pas à l'encontre de ceux qui sont dans l'impossibilité d'agir (2). Le crédi-rentier dûment payé n'a pas le droit d'agir à l'encontre de l'immeuble subsidiairement grevé; la prescription ne peut courir contre lui qu'à dater du moment où la défaillance de l'immeuble principal l'autorise à intenter son recours subsidiaire. La solution était conforme à l'équité, mais aggravait encore l'incertitude où se trouvait la propriété; on peut penser, cependant, que les crédi-rentiers continuèrent à assigner de temps à autre le propriétaire de l'immeuble pour lui notifier leur droit éventuel et le détourner ainsi de s'endormir dans une trompeuse sécurité (3).

Les renseignements que nous possédons sur la prescription trentenaire sont plus clairsemés. En bénéficie celui qui possède sans titre, et encore à condition qu'il soit de bonne foi (4), car, (1) d'après le droit canonique et les règles de la morale, celui qui détient une chose en sachant qu'elle est à autrui ne peut jamais en devenir propriétaire (5); un texte semble même considérer la mauvaise foi comme un vice suivant la chose en cas d'aliénation, en sorte que l'acquéreur de bonne foi de la *res vitiosa* n'acquerrait lui-même la propriété que par trente ans (6).

La théorie normale de la prescription réserve toujours le cas

(1) *Cout. not.*, 152.

(2) L'arrêt est cité avec la date par le ms. fr. 18110, f^o 193, et résumé par *Ps. des Marès*, 309; la même réserve fut prouvée par turbe, d'après les *Ps. cout. de Charles VII*, p. 42, reproduites par le *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 74, à une date non indiquée; elle est très clairement rappelée par *Cout. not.*, 99, dans une affaire où plaide la même dame *Gille du Greil*, et non *Dupil*, comme l'écrivent à tort les *Ps. cout. de Charles VII*. Ajoutez enfin, dans le même sens, *Cout. not.*, 129.

(3) Cf. t. I, p. 474, n. 5.

(4) D'après le ms. fr. 5900, f^o 53, les bourgeois consultés n'admettent pas l'existence proposée de la prescription par trente ans sans titre: *ils dient que longue tenue ne nuit pas qu'il ne la puisse touz temps demander se le tenant n'alegue titre. L'Ordre de plaider...* des frères Maucieux n'en parle pas, non plus le *Gr. Cout.*, p. 199, ni les mss. en quatre livres. Seul, le ms. Vatican 4790, f^o 7, en parle.

(5) Cela est dit en termes généraux par le *Style des Maucieux*, ms. fr. 19832, f^o 28 v^o et par le *Gr. Cout.*, p. 199.

(6) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 7; ce ms., ainsi que les mss. en quatre livres, par exemple ms. fr. 10816, f^o 171, reproduit les vers de l'école exigeant, à côté de la *bona fides* et du *justus titulus*, une *res non vitiosa*, vers.

(1.) Chartes de S^r Martin des Champs, n^o 526 (1182-1192)
 Deux juges apostoliques s'occupent la revendication
 d'une veuve, se prétendant donataire d'une terre
 dont S^r Martin a eu la possession sans interruption
 pendant 30 ans
 [13.1.27]

des privilégiés, à l'encontre desquels des délais bien plus longs sont nécessaires. C'est ainsi qu'on prescrit seulement par quarante ans à l'encontre de l'Eglise en général, et par cent ans à l'encontre de l'Eglise romaine (1), dont le privilège fut étendu par faveur royale à l'abbaye de Saint-Denis (2). En ce qui concerne le roi, il y a des divergences dans les textes : l'un exige quarante ans ; l'autre cent ans (3), et l'on trouve même formulée l'imprescriptibilité des droits de la couronne (4). On considère aussi que la dîme est imprescriptible (5). J'aurai enfin à revenir sur l'impossibilité d'acquérir une servitude sans titre, d'après une coutume parisienne qui s'affirme à la fin du xiv^e siècle.

§ 2. — LA PRESCRIPTION D'APRÈS LES COUTUMES RÉDIGÉES

L'A. C. de Paris ne contenait, sous le chapitre de prescription, que quatre articles médiocrement rédigés et reproduisant probablement des dispositions traditionnelles (6). Lors de la réformation, le chapitre consacré à la matière fut déplacé et développé ; la rédaction des anciens articles fut très améliorée et des articles nouveaux apportèrent d'utiles précisions (7). Mais aucune distinction ne fut faite entre la prescription acquisitive et la prescription libératoire. Cette confusion s'explique par toute l'histoire de la prescription coutumière qui fut, en son principe, un laps de temps entraînant extinction des droits de toutes sortes que des tiers pouvaient avoir sur la chose ; on envisageait

qui sont donnés par certaines éditions gothiques (édit. Lab. et Dar., p. 198, n. 2). Le ms. Vatican 4790 donne d'ailleurs une définition étendue du *possessionneur de male foy*, avec des exemples, mais comment savoir si tout cela concorde avec la vraie pratique coutumière ?

(1) *Ordre de plaider...*, loc. cit., *Gr. Cout.*, p. 199.

(2) En vertu d'un privilège du roi Jean de 1353, confirmé en 1577, cité par Doublet, p. 1181.

(3) *Gr. Cout.*, p. 199, donne 30 ans, mais le ms. fr. 10816, f^o 171, donne 40 ; le ms. fr. n. a. 3555, 30 ou 40 ; le ms. Vatican 4790, 100 ans.

(4) Ms. fr. 10816, f^o 171, et autres mss. en quatre livres.

(5) *Ps. des Marès*, 115. — Il faut d'ailleurs se souvenir ici de ce qui a été dit *suprà*, p. 48, n. 1, de l'impossibilité d'acquérir une saisine à l'encontre de l'intérêt public ou de la morale ; cela coupe en sa racine toute prescription dans cet ordre d'idée. C'est sûrement sur le fondement de cette notion que le Parlement refusa d'admettre une prescription immémoriale dans l'affaire rapportée par Jean le Coq, *Quaestiones*, 40, citée *suprà*.

(6) A. C., 66-69 ; cf. *Coutumier du Châtelet*, art. 52-55, et *Trav. préparatoires de l'A. C.*, p. 212.

(7) N. C., art. 113-128, dont les derniers précisent A. C. 199, relégué au titre *Autres coutumes* ; le titre de *prescription* dans la N. C. suit le titre des *actions personnelles* qu'il précédait dans l'A. C. ; sur les remaniements dont le titre fut l'objet, cf. *Manuscrits de Simon Marion*, pp. 71-73 ; la plupart des articles ajoutés le furent pour interprétation.

bien moins l'acquisition du droit en lui-même, propriété ou droit incorporel, que l'affranchissement des droits appartenant à des tiers, et cette manière traditionnelle de penser s'aperçoit encore à la lettre de l'A. C. (1). Les commentateurs de la coutume ne se préoccupent pas toujours de distinguer les deux notions (2) ; il faut arriver aux exposés systématiques de Bourjon et de Pothier pour trouver les conceptions qui nous sont familières (3). Je me bornerai naturellement ici à l'étude de la prescription acquisitive, mais sans pouvoir entièrement rompre avec le point de vue différent de la coutume parisienne.

La prescription est régie, dans le dernier état du droit parisien, par des principes voisins des principes romains, et c'est l'exposé systématique de ces derniers qui sert de préambule aux observations détaillées de Ferrière (4) ; c'est une raison pour ne pas verser dans des minuties de réglementation qui n'ont rien de spécifiquement parisien ; il suffira de s'en tenir aux grandes lignes en soulignant les divergences de principes. La prescription de dix à vingt ans est la plus pratique ; on la considère comme favorable, sans qu'il soit possible au juge de la suppléer d'office (5) ; ce peut être pour le possesseur une question de conscience contre laquelle ne sauraient prévaloir les notions d'ordre public qui justifient la prescription.

Malgré quelques contradictions, elle s'étend non seulement à la propriété, mais encore aux droits incorporels qui sont susceptibles au moins d'une quasi-possession ; la coutume le dit d'ailleurs expressément pour les rentes (6). Elle est fondée sur la possession, et sur la possession civile exercée publiquement et à titre de pro-

(1) Les art. 66 et 67 ne parlent que de l'extinction des rentes et non de l'acquisition de l'héritage ; ils reproduisent des textes traditionnels gardés au Châtelet et dont on peut trouver l'origine dans les notables de la fin du xiv^e siècle qui se plaçaient uniquement à ce point de vue.

(2) Elles sont bien distinguées cependant par Ferrière, II, p. 285, n^o 14, qui appelle fins de non recevoir les prescriptions libératoires.

(3) Bourjon étudie, t. I, p. 1083 et s., la prescription acquisitive et, t. II, p. 564 et s., la prescription libératoire ; mais, reprenant l'étude de la prescription par dix ans des rentes et charges réelles, II, p. 652 et s., il revient sur beaucoup de questions et se condamne à des répétitions. Pothier consacre un traité à la prescription acquisitive (*Œuvres*, édit. in-4^o de 1781, t. IV, pp. 577-692) qui n'a de commun que le nom, nous dit-il, avec la prescription libératoire dont il a parlé dans son traité *des Obligations*.

(4) T. II, p. 281 et s. ; cf. p. 284, n^o 10 ; la remarque en était faite naïvement par l'A. C. de Sens de 1506, art. 260.

(5) Telle est, d'après Bourjon, *Droit commun*, I, p. 1086 et s., la pratique du Châtelet.

(6) N. C., 113 et 114 ; cf. Pothier, *Prescription*, loc. cit., p. 572 ; Bourjon, I, p. 1083, n'admet pas qu'on puisse acquérir une rente par prescription, à l'exception des églises qui sont présumées avoir perdu leur titre.

priétaire (1) ; un détenteur précaire ne saurait prescrire par quelque temps que ce soit (2) ; la possession ne doit pas être non plus entachée de violence, mais il ne semble pas que notre ancienne jurisprudence ait admis la notion d'un vice inhérent à la chose et entravant la prescription indéfiniment, quelle que soit la qualité de la possession des possesseurs successifs (3). Il est certain, notamment, que la mauvaise foi du vendeur n'empêchera pas l'acquéreur de prescrire si sa possession présente les conditions requises (4).

La possession doit s'appuyer sur un juste titre, selon l'expression de la coutume, à laquelle certains commentateurs substituent l'expression plus pittoresque de titre coloré (5) ; ce doit être un juste titre translatif dont l'effet eût dû être normalement de transférer la propriété ou le droit incorporel. Il n'y a pas d'intérêt à reprendre avec nos anciens auteurs la liste des justes titres empruntée à la technique romaine (6). Le point important est que l'acquéreur muni d'un titre ait pu, raisonnablement, le présumer bon, selon la formule de Bourjon résumant la pratique du Châtelet (7) ; un contrat passé avec un mineur ou une femme mariée ne sera pas, dans ce sens, un juste titre. Pothier précise encore cette notion en distinguant l'erreur de droit et l'erreur de fait sur la validité du juste titre (8). Seule, l'erreur de fait laisse supposer la bonne foi, qui est aussi nécessaire que le juste titre à l'acquisition par prescription (9).

Le droit romain se contentait de la bonne foi au moment de l'acquisition ; il y eut à cet égard des discussions entre les commentateurs (10), mais les exigences plus rigoureuses du droit canonique prévalurent en doctrine comme en pratique (11) ; le pos-

(1) L'A. C., 67 et la N. C., 113, emploient l'expression *franchement et paisiblement* ; c'est ce que Pothier, p. 587, appelle la possession civile.

(2) Brodeau, *Cout. de Paris*, II, p. 176, n° 3.

(3) Pothier, p. 582, n° 15.

(4) Brodeau, II, p. 160, n° 3 ; Ferrière, II, pp. 348-349 ; Bourjon, I, p. 1086.

(5) A. C., 66-67 ; N. C., 113-114 ; Bourjon, I, p. 1086, l'appelle *titre coloré*.

(6) Cf. Ferrière, II, p. 337 et s. ; Pothier, p. 598 et s.

(7) *Droit commun*, II, pp. 653-654.

(8) *Prescription*, p. 588 et s.

(9) La bonne foi est exigée en même temps que le juste titre par les articles des coutumes qui viennent d'être cités.

(10) Dépouillement des opinions dans Ferrière II, pp. 345-346 ; le même auteur, p. 393, n° 3, invoque, pour exiger la bonne foi continue, les termes de la N. C., 115, *au desceu du tiers détenteur*.

(11) Bourjon, I, pp. 1086-87, déclare, après Ferrière, que la pratique du Châtelet est en ce sens ; Pothier, p. 590, approuve l'abandon sur ce point des principes romains.

sesseur doit rester de bonne foi jusqu'à l'accomplissement du délai, mais, bien entendu, la bonne foi est présumée. Il pouvait y avoir quelques difficultés de fait à combiner cette règle avec le principe qu'une assignation en justice était nécessaire pour interrompre civilement la prescription; une simple sommation, avec communication des titres, pouvait constituer le possesseur de mauvaise foi (1); mais c'était la *mala fides superveniens* et non la sommation qui interrompait la prescription; et notre ancienne pratique, moins rigoureuse que le droit canonique, n'admettait pas que la sommation à elle seule mît fin à la bonne foi (2).

La possession doit se continuer pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents. La N. C., 116 réputait présents ceux qui résidaient dans le ressort de la prévôté et vicomté, sans prendre en considération la situation de l'immeuble ou du droit incorporel; il n'y avait pas de difficulté à cet égard (3). Mais que décider si l'une des parties, avant l'achèvement de la prescription, quittait la région parisienne? Beaucoup d'auteurs estimaient qu'on devait adopter le système romain et doubler le nombre des années restant à courir au moment de l'éloignement pour obtenir le délai nécessaire (4); mais un arrêt de 1671, rendu pour la région parisienne, exige un délai de vingt ans sans distinction (5), et Bourjon est très ferme à n'admettre que deux délais, l'un de dix ans, en cas de présence, l'autre de vingt ans pleins, quand l'une des parties s'éloigne, la prescription étant en cours; il affirme que tel est l'esprit de la coutume, mais n'invoque pas en plus, comme il le fait volontiers, la pratique du Châtelet (6).

Il n'est pas nécessaire que le possesseur possède par lui-même pendant tout le délai requis; la lettre même de la coutume admet la jonction des possessions, sans en préciser les règles (7); la doctrine se réfère en principe aux idées romaines, notamment en distinguant le successeur universel, qui est censé continuer la pos-

(1) E. de Laurière, *Cout. de Paris*, I, p. 358.

(2) Ferrière II, pp. 353-354; c'est une question de fait; si la sommation est assez circonstanciée pour enlever toute bonne foi à l'acquéreur, la prescription est arrêtée; Brodeau, II, p. 160, n° 4 et p. 162, sans doute impressionné par la théorie romaine, n'admet pas que l'acquéreur soit constitué de mauvaise foi autrement que par une demande en justice.

(3) Cet article 116 avait été ajouté pour interprétation d'après le *Procès-verbal*; cf. Brodeau, II, p. 166, n° 1, qui rappelle le principe chez les canonistes de considérer le diocèse.

(4) E. de Laurière, I, p. 371; Pothier, p. 618, n° 110.

(5) Cité par Ferrière, II, p. 402, n° 10, qui constate cependant que la plupart des auteurs suivent, à cet égard, le droit romain.

(6) *Droit commun*, I, pp. 1088-1089; II, pp. 655-657.

(7) A. C., 66-68; N. C., 113-114, 118.

session de son auteur, et l'acquéreur à titre particulier qui commence une possession nouvelle (1); mais Pothier prend soin de souligner que, selon la pratique française et à la différence du droit romain, le successeur universel de mauvaise foi ne pourra pas achever la prescription commencée par son auteur de bonne foi, puisque la bonne foi est nécessaire jusqu'à l'accomplissement du délai (2). La coutume parle, d'autre part, d'une possession *sans inquiétation*, ce qui était viser clairement le cas de l'interruption de possession (3). Il n'y avait pas de difficulté au cas d'une interruption naturelle résultant d'une perte de fait de la possession. Il y eut plus d'hésitation en ce qui concerne l'interruption civile ou trouble de droit, résultant d'une poursuite en justice (4). Au début du XVII^e siècle, le Parlement s'informa à cet égard de la pratique du Châtelet: elle exigeait, pour l'interruption, une vraie demande en justice, suivie d'une instance non périmée (5). Mais j'ai déjà indiqué que, dans certains cas, une simple sommation conduisait à un résultat analogue, à la condition d'avoir rendu impossible chez le possesseur le maintien de la bonne foi (6).

La prescription était suspendue, à l'égard des mineurs, selon la conception traditionnelle, renforcée par des arguments tirés du droit romain (7); la pratique du Châtelet étendait cette protection aux interdits (8). Mais, en ce qui concerne la femme mariée, des idées un peu différentes prévalurent. L'art. 117 de la N. C. précisait qu'en matière de douaire la prescription ne courait qu'à dater du décès du mari (9); elle était suspendue pendant toute

(1) Brodeau, II, pp. 159-160; Ferrière, II, p. 347 et s.; Bourjon, I, p. 1089 et s.

(2) *Prescription*, p. 619 et s.

(3) Cette formule, dans les art. 66-67 de l'A. C., comme dans l'art. 114 de la N. C., se référait seulement aux poursuites des crédi-rentiers sans inquiétation d'aucune rente; mais elle est prise au sens absolu dans A. C., 68, et N. C., 113 et 118.

(4) Bourjon, I, p. 1089, parle de troubles de fait et de droit, et Pothier, p. 591 et s., d'interruption naturelle et civile.

(5) Brodeau, II, p. 161; Ferrière, II, pp. 353-354, cite cependant des arrêts contraires, mais la pratique exigeait en définitive une demande en justice: de Laurière, I, p. 358; Bourjon, I, p. 1090; II, pp. 660-662; Pothier, p. 591 et s.

(6) Toutefois, Pothier, p. 634, estime que si le demandeur laisse périmer l'action, même la communication des titres ne constituera pas le possesseur de mauvaise foi, car l'abandon de l'instance le portera légitimement à croire que les titres sont défectueux.

(7) A. C., 66-68; N. C., 113-114, 118, 123: *entre âgés et non privilégiés*. Pothier, pp. 580-581, rattache la suspension à l'idée que les biens des mineurs sont inaliénables et que les mineurs peuvent toujours être restitués.

(8) Bourjon, I, p. 1085.

(9) Cf. de Laurière, I, pp. 371-372, qui considère cet article comme une

la durée du mariage et, après quelques doutes, on entendit le système du douaire préfix comme du douaire coutumier (1). Mais fallait-il étendre la suspension à la prescription de tous les droits de la femme compromis pendant le mariage par la gestion du mari (2)? Une telle assimilation de la femme à un mineur ne correspondait pas à la réalité juridique, car elle pouvait, avec l'autorisation de justice, agir elle-même pour la défense de ses intérêts compromis par la négligence ou par la mauvaise foi du mari. On risquait, d'autre part, de brouiller le ménage en dressant ainsi contre le mari une vigilance volontiers agressive. La pratique hésita entre ces inconvénients puis se rallia, au Châtelet, à une distinction (3) : lorsque l'action dirigée par la femme contre un tiers pour arrêter la prescription déterminait un appel en garantie ou un recours quelconque à l'encontre du mari, la femme était dispensée d'agir et la prescription était suspendue jusqu'à la dissolution du mariage ; il en était ainsi notamment quand le mari avait aliéné seul le propre de sa femme ; l'intérêt des tiers était sacrifié au souci d'assurer la paix du ménage par le respect de l'autorité maritale, jusque dans ses abus. Mais si l'action de la femme n'avait aucune répercussion à l'égard du mari, elle devait prendre l'initiative, sous peine de voir la prescription suivre son cours.

Au fond, dans toutes ces hypothèses, la prescription était suspendue parce que l'intéressé se trouvait dans l'impossibilité juridique ou morale d'agir pour l'interrompre (4). Aussi nos commentateurs n'hésitaient pas à admettre l'adage romain et à en déduire des solutions qui n'avaient pas été expressément formulées par la coutume ; ils admettaient ainsi la suspension de la prescription en temps de guerre ou de troubles (5), car l'impossibilité d'agir en était résultée, ou en cas d'absence, dans l'intérêt de l'Etat, ou pour quelque cause juste (6).

application de la règle que la prescription ne court pas contre ceux qui sont dans l'impossibilité d'agir ; il constate que, dans le même ordre d'idées, le décret volontaire ne purge pas le douaire ; cf. Loisel, *Inst. cout.*, n° 732.

(1) Brodeau, II, pp. 168-169 ; Ferrière, II, p. 411, n° 12.

(2) Le lieutenant civil Le Camus, *apud* Ferrière, II, pp. 419-422, renonce à rédiger des articles nouveaux sur cette question faute d'avoir pris encore un parti certain.

(3) Ferrière, II, p. 374, n° 14 ; Bourjon, I, pp. 1090-1091 ; Pothier, pages 586-587.

(4) Pothier, p. 586, le dit expressément.

(5) E. de Laurière, I, pp. 374-375 ; Ferrière, II, p. 351, n° 3 (arrêts cités en ce sens, p. 358, n° 4).

(6) Brodeau, II, p. 167 ; Pothier, p. 586, n° 23.

La prescription réalisée produit des effets plus complets que l'usucapion romaine ; non seulement elle confère la propriété de la chose, mais encore elle l'affranchit des charges réelles qui la grèvent et qui n'ont pas été réclamées pendant les délais (1). C'est la solution traditionnelle en droit parisien et elle révèle bien le caractère avant tout extinctif de l'ancienne prescription d'an et jour. Il faut ajouter qu'au point de vue de la pratique parisienne, l'extinction des rentes et charges réelles est l'effet essentiel et le résultat avant tout souhaité ; le plus souvent, l'acquéreur de bonne foi avec un juste titre est réellement devenu propriétaire de l'héritage acquis ; mais, malgré toutes les précautions prises, il se peut que l'héritage soit grevé d'une rente ou charge réelle non déclarée par l'aliénateur ; il faut de toute nécessité que cette incertitude se dissipe dans un délai assez bref pour que l'action en garantie contre l'aliénateur ne devienne pas une ressource illusoire ; la prescription de dix à vingt ans entraînera forclusion définitive de toutes ces charges occultes. Cet effet négatif de la prescription est si important qu'il était le seul indiqué par l'A. C., en deux articles presque identiques (2). La N. C. prit soin de consacrer formellement l'effet positif de la prescription qui est de conférer la propriété de la chose (3), mais elle ne négligea pas ce traditionnel effet d'extinction qui donne à la prescription coutumière son originalité et qui devait dérouter les tentatives d'exposition méthodique des jurisconsultes romanisants (4).

Elle le renforça même singulièrement en décidant que la prescription courrait contre le crédi-rentier dûment payé de sa rente par le constituant (5) : c'était renoncer à la solution adoptée en 1371 par le Parlement à l'encontre de la décision plus pratique du Châtelet (6). Ce revirement de jurisprudence remontait à un arrêt du Parlement de 1549 ; il était fondé en droit sur ce fait que le crédi-rentier, bien que régulièrement payé par son débiteur principal, pouvait agir à l'encontre d'un tiers détenteur de l'héritage affecté à sa rente pour obtenir déclaration de ladite rente (7).

(1) C'est ce que souligne Pothier, pp. 624-625.

(2) Art. 66-67 ; j'ai déjà indiqué que ces articles ont été tout simplement copiés sur les textes conservés au Châtelet et qu'ils s'expriment comme les notables de la fin du XIV^e siècle.

(3) Art. 113.

(4) N. C., art. 114 ; j'ai déjà indiqué que Bourjon, en voulant expliquer l'art. 114 à propos de la prescription libératoire, tomba dans des redites.

(5) N. C., art. 115.

(6) Cf. *suprà*, p. 81, n. 2.

(7) La question de principe a été fort bien exposée par Loyseau, *du*

Nos anciens auteurs, en approuvant la décision nouvelle, qui diminuait l'incertitude de la propriété, soulignaient le contraste entre la pratique coutumière et les principes romains qui exigeaient la discussion du débiteur principal avant de permettre une action contre le débiteur accessoire. Mais l'extinction de la rente ne se produisait que si le tiers détenteur de l'héritage en ignorait l'existence ; autrement il n'eût pas été de bonne foi (1). Et il fallait, d'autre part, que le crédi-rentier n'eût pas eu juste cause d'ignorer l'aliénation ; si son débiteur, après l'aliénation, était resté à un titre quelconque, location, rétention d'usufruit ou constitution de précaire, en possession de l'héritage, la prescription ne courait pas, car le crédi-rentier n'avait aucun moyen de connaître l'aliénation intervenue (2). Cette décision très rationnelle et très pratique, mais difficile à concilier avec les principes romains sur la possession *corpore alieno* (3), montre bien la persistance de cette très ancienne idée qu'à lui seul le transfert de jouissance de la chose réalise une publicité rudimentaire autour de l'aliénation, publicité qui doit mettre en garde tout tiers vigilant, alors que la tradition feinte est à cet égard entièrement inopérante.

La prescription de dix à vingt ans n'éteint pas seulement les rentes (4), mais aussi toutes les charges réelles, comme l'hypothèque, l'usufruit, les servitudes prédiales (5) ; et, en ce qui concerne les servitudes, Pothier explique très bien qu'il ne faut pas confondre cet effet extinctif en cas d'aliénation avec la prescription trentenaire par défaut d'exercice, qui est une prescription libératoire ; ici encore s'affirme la volonté de remédier au caractère occulte des charges réelles qui grèvent la propriété parisienne par le radical effet extinctif de la prescription avec juste titre et

Déguerpissement, 3, 2, n^{os} 10-20, qui cite les principaux textes et dont les raisonnements sont reproduits par Brodeau, II, pp. 164-165 ; E. de Laurière, I, pp. 360-365, fait un excellent historique du problème et rapporte l'arrêt de 1549 reproduit par du Luc.

(1) L'art. 115 stipulait que le paiement de la rente devait être fourni *au desceu du détenteur* ; cf. Ferrière, II, p. 392, n^o 3.

(2) Art. 115, *in fine* ; Ferrière, II, p. 394, n^o 8 ; Pothier, p. 632.

(3) Brodeau, II, p. 166, n^o 7, explique cette décision en disant qu'il faut pour prescrire une possession *naturelle* et *corporelle* et non pas *civile* et *artificielle* ; l'explication est intéressante, mais il serait imprudent de la généraliser, car, sauf le cas de l'art. 115, les principes romains de la possession par l'intermédiaire d'autrui ont été reçus par la pratique coutumière.

(4) Brodeau, II, p. 162, soutient que seules les rentes constituées sont éteintes et qu'il faut trente ans pour prescrire les rentes foncières sans titre, comme les fonds auxquels elles sont assimilées ; il confond l'effet extinctif de la prescription de dix à vingt ans avec la prescription acquisitive de la rente.

(5) Pothier, p. 627 et s.

bonne foi. Cet effet extinctif ne s'arrête que devant deux charges qui sont trop normales pour constituer une surprise à l'égard de l'acquéreur, même si l'aliénateur les dissimule : le droit au douaire et le cens seigneurial (1). La première est à envisager dès que l'aliénateur est marié ; la seconde est la condition commune des héritages roturiers et tout le monde sait qu'elle est imprescriptible (2).

La prescription de trente ans apparaît comme moins favorable (3), parce qu'elle ne repose pas sur un juste titre, mais la prolongation du délai a pour but de compenser l'absence de titre et les deux coutumes l'admettent expressément, en la subordonnant par ailleurs aux mêmes réserves et conditions (4). Une seule question reste difficile : le possesseur de mauvaise foi peut-il prescrire par trente ans ? On ne l'admettait pas au moyen-âge et Du Moulin reste fidèle à la conception traditionnelle, malgré les romanistes (5). Mais après lui les commentateurs se divisent ; il est clair que la solution romaine, indifférente à la bonne foi, gagne du terrain ; Brodeau et Ferrière s'y rallient expressément en insistant sur la nécessité de rendre la propriété certaine et de punir la négligence prolongée (6). Mais ce n'est pas toucher le fond du débat ; il est légitime, sans doute, de présumer la bonne foi chez un possesseur de trente ans et d'imposer le fardeau de la preuve au propriétaire si longtemps négligent ; c'est ce qu'admettent sans difficulté Bourjon et Pothier ; mais, si la preuve de la mauvaise foi du possesseur est faite, la prescription doit être écartée, selon ces auteurs, car autrement la loi autoriserait une injustice (7). Cette solution était certainement dans l'esprit du droit coutumier ; personne ne doutait de l'impossibilité pour le possesseur de prescrire contre son titre (8) s'il détenait la chose, par exemple, à titre précaire ; n'y avait-il pas les mêmes raisons d'écarter une possession viciée en son début par la violence ou par la mauvaise foi prouvée ? Sans doute, selon les catégories romaines, on pouvait dire que dans le premier cas il n'y avait pas possession, alors

(1) Pothier, p. 631, ajoute la substitution, si elle a été dûment insinuée et publiée.

(2) N. C., 124, qui admet toutefois la prescription de la quotité et des arrérages du cens ; cf., t. I, p. 404.

(3) Bourjon, I, p. 1087.

(4) A. C., 68 ; N. C., 118.

(5) *In cons. Paris.*, art. 12, gl. 7, n° 11 (I, p. 217).

(6) Brodeau, II, pp. 169-170, 171, n° 5 ; Ferrière, II, p. 425, n° 1 ; Laurière, I, p. 375, ne paraît même pas soupçonner qu'il y a discussion sur ce point. Au contraire, Loisel, n° 730, reste fidèle à la doctrine du moyen-âge.

(7) Bourjon, I, p. 1084 ; Pothier, pp. 641-642.

(8) Cf. par exemple Brodeau, II, p. 172.

que la possession violente ou de mauvaise foi était tout de même possession. Mais une telle distinction ne tient nul compte de l'aspect moral du problème de la possession, aspect moral qui a toujours intéressé au premier chef le droit coutumier ; les deux coutumes, en exigeant une possession franche et publique, retenant l'essentiel des préoccupations anciennes. On aimerait à savoir si la jurisprudence resta fidèle à la solution traditionnelle dont la supériorité morale sur la doctrine romaine n'est pas douteuse (1).

La prescription de trente ans produisait les mêmes effets acquisitifs et extinctifs que la prescription de dix à vingt ans ; la propriété était affranchie de toute charge réelle par la vertu même de cette prescription et le même résultat découlait de la prescription par trente ans de l'action appartenant au créancier (2). Le délai de trente ans permettait encore à un seigneur, selon l'art. 123 de la N. C., de prescrire contre un autre seigneur la propriété d'un cens seigneurial sur un héritage roturier ; le seigneur prescrivait devait avoir perçu régulièrement le cens avec ses dépendances, comme les lods et ventes et les saisines et avoir reçu déclaration du propriétaire de l'héritage (3). Mais cette prescription était exclue si ce propriétaire avait passé reconnaissance du cens envers le véritable seigneur ou avait reçu l'héritage à charge du cens. Il n'était pas facile d'expliquer ces conditions imposées non au seigneur en voie de prescrire, mais au tiers détenteur de l'héritage ; les uns estimaient que la coutume avait créé dans ce cas une présomption de collusion entre le tiers détenteur et le seigneur prescrivait, et cette explication montre le souci qu'avait la coutume d'exclure toute possibilité de prescription, même trentenaire, quand il y avait mauvaise foi (4) ; d'autres considéraient que la reconnaissance du véritable seigneur par le propriétaire de l'héritage rendait impossible une possession véritable et paisible chez le seigneur prescrivait (5).

(1) En ce sens, Viollet, p. 624, n. 5 ; Brissaud, p. 1268, y voit, au contraire, une confusion du droit et de la morale ; sans doute, le droit positif ne peut mettre ses sanctions au service de toutes les exigences de la loi morale ; mais il ne doit pas protéger une situation fondée sur une violation caractérisée de la loi morale, ce qui est le cas ici.

(2) Pothier, p. 643.

(3) Cf. Laurière, I, p. 395 et s. ; comme la déclaration du cens pouvait être exigée tous les trente ans (cf. t. I, p. 406), le seigneur prescrivait devait en avoir reçu deux.

(4) Laurière, I, pp. 402-404 ; Brodeau, II, p. 186, voyait dans la reconnaissance de l'ancien seigneur une interruption civile de la prescription ; relevé des autres explications dans Ferrière, II, p. 477 et s.

(5) Pothier, pp. 681-682.

Ces diverses prescriptions ne sont admises par la coutume que sous réserve expresse des droits des privilégiés ; on entendait par là traditionnellement les établissements ecclésiastiques de toute sorte auxquels on ne pouvait opposer que la prescription de quarante ans, dans les mêmes conditions que la prescription trentenaire du droit romain (1). Les ecclésiastiques ne pouvaient s'en prévaloir pour leurs biens personnels, mais seulement pour les biens et droits attachés à leur bénéfice (2). On étendit cette prescription privilégiée, après discussion, aux communautés séculières, comme les corporations de métier ou les communautés d'habitants (3). L'Eglise de Rome bénéficiait d'une prescription centenaire (4), et le même privilège fut réclamé, lors de la rédaction de la N. C., par l'abbaye de Saint-Denis et par les chevaliers de Saint-Jean de Jérusalem (5) ; l'ordre de Malte appuyait la même prétention sur des bulles concédées par les papes (6) ; mais on ne sait trop si la pratique accueillit en définitive ces prescriptions anormales.

La coutume de Paris ne parlait de la prescription centenaire ou immémoriale que pour l'exclure en ce qui concerne l'acquisition des servitudes ou l'extinction du cens seigneurial (7). Mais les auteurs l'admettaient pour faire acquérir certains droits qui étaient en principe imprescriptibles, comme les dîmes inféodées (8) ou encore les banalités et les corvées qui, d'après la coutume, ne pouvaient être acquises sans titre (9) ; de même les droits du roi, dans la mesure où ils n'étaient pas attachés à la souveraineté et par là même incommunicables, pouvaient être prescrits par cent ans (10). Du Moulin considérait avec raison que cette jouissance

(1) La réserve est contenue dans la plupart des articles de l'ancienne et de la nouvelle coutume ; le chiffre traditionnel de quarante ans est donné par N. C., 123 ; cf. Loisel, n° 722.

(2) Brodeau, II, p. 183, n° 3.

(3) Ferrière, II, p. 498, n°s 12-13 ; Pothier, pp. 647-648.

(4) Brodeau, II, p. 183, n° 4.

(5) Procès-verbal sur l'art. 123 de la N. C. ; Cf. Brodeau, II, p. 185, n° 8 ; on leur donna acte de leur opposition, sauf à se pourvoir comme ils le jugeront à propos.

(6) Brodeau, II, p. 186 ; les chevaliers de Malte alléguaient, en faveur de ce privilège, qu'ils étaient en perpétuelle absence *reipublicae christianae causa*.

(7) N. C., 186 (servitudes) ; 124 (cens) ; ajoutez art. 119 (faculté de rachat pour les rentes constituées) ; art. 13 (directe féodale).

(8) Ferrière, II, p. 514, n° 26, mais on doit alléguer que l'inféodation est antérieure au concile de Latran ; cf., dans le même sens, Loisel, n° 728.

(9) N. C., 71-72 ; Pothier, p. 686.

(10) Loisel, n° 726 ; Pothier, p. 687.

immémoriale valait titre (1); il suffisait seulement d'une possession sans précarité à son origine (2). L'admission de cette prescription immémoriale restreignait singulièrement la liste des choses vraiment imprescriptibles (3); en dehors des choses sacrées et des choses communes dont la possession vraie ne se concevait même pas, il n'y avait que les servitudes à échapper à la prescription acquisitive, comme le cens seigneurial survivait aux plus longues prescriptions libératoires (4).

(1) *In cons. Paris.*, art. 12, gl. 7, n° 14 (I, p. 218).

(2) Pothier, p. 687, n° 283, qui cite, après la plupart des commentateurs, un arrêt qui condamna l'évêque de Clermont à rendre au roi la seigneurie sur la ville de Clermont, qui avait été confiée en garde à l'un de ses prédécesseurs, plusieurs siècles auparavant, par un seigneur de Bourbon dont le roi était l'ayant-cause.

(3) Cf. les listes singulièrement hétéroclites de Brodeau, II, p. 153, n° 3, et de Ferrière, II, pp. 299-304.

(4) Bourjon, I, p. 1093.

CHAPITRE IV

Épaves, trésors et confiscation

Je n'ai rencontré aucun texte coutumier parisien réglant l'attribution des terres incultes et abandonnées (1). Le terme *épave*, bien que parfois confondu, au moyen-âge, avec l'aubaine ou les biens vacants (2), ne désigne, dans son sens précis, qu'un objet mobilier trouvé sans possesseur (3). Nous rencontrons de nombreux exemples d'épaves, notamment dans les registres des justices monastiques de Paris (4) : tout d'abord, des animaux domestiques ou domestiqués qui ont échappé à leur propriétaire (5) ; des essaims d'abeilles qui ne sont pas suivis à vue par leur maître (6) ; des bois ou autres objets entraînés par les eaux (7) ; des meubles abandonnés sur la voie publique (8). Il faut peut-être y joindre les effets des personnes mortes fortuitement et dont on ne connaît ni l'origine, ni les parents (9). Ces épaves sont la propriété du

(1) D'après Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 68, gl. 2, n° 8 (I, p. 660), elles appartenaient au seigneur foncier ; Loisel, *Inst. cout.*, n° 277, les attribue au seigneur haut-justicier.

(2) A. N., X^{1a} 9, f° 460 (19 mai 1343) : le roi recueille, faute d'héritiers, une succession *tanquam bona vacantia, aubana vel expava* ; *Gr. Cout.*, ms. fr. n. a. 3555, f° 108 v° : les aubains sont, en Champagne, qualifiés d'*espaves*.

(3) *Gr. Cout.*, p. 205 ; cf. Brissaud, p. 1195.

(4) Publiés par Tanon, *Histoire des justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*, 1883, pp. 321-561.

(5) *Reg. de Saint-Maur*, loc. cit., p. 324 (1274), p. 339 (1276) ; *Reg. de Sainte-Geneviève*, p. 381 (1286 et 1296), p. 399 (1258) ; *Reg. de Saint-Martin des Champs*, pp. 502 et 510 (1317) ; la plupart de ces textes soulignent que l'animal n'était pas suivi : *non habebat sequentem* ; sans autre poursuite ; d'*espave sans poursuite*.

(6) *Reg. de Sainte-Geneviève*, p. 399 (1258) ; l'Ordre de plaidoyer..., ms. fr. 19832, f° 37, réserve expressément dans ce cas le droit de suite du propriétaire.

(7) *Reg. de Sainte-Geneviève*, p. 385 (1296) ; *Reg. de Saint-Martin des Champs*, p. 555 (début du xiv^e siècle).

(8) *Reg. de Sainte-Geneviève*, p. 365 (1305) : draps volés, huche avec des livres.

(9) *Reg. de Saint-Maur*, p. 327 (deux cas de 1277 et 1294) ; *Reg. de Saint-Martin des Champs*, p. 555 (début du xiv^e siècle) : le seigneur s'approprie les effets de plusieurs hommes trouvés morts en l'eau de Marne ; plusieurs autres cadavres, qui avaient été sans doute reconnus, furent *delivrez a leurs amis*. — On peut admettre aussi que le seigneur prend ces effets à titre d'aubaine, les morts étant étrangers à la seigneurie et n'ayant pas d'héritiers connus.

Et d'épaves par la châtellenie de Clamecy à la fin du
xiv^e s. : animaux errants, vêtements, aubains, des-
hérence dans Miot, Comptes de la châtellenie et
de la vicomte de Clamecy de 1375 à 1404 (1930)
[9.11.30]

seigneur haut-justicier dans la terre duquel elles ont été trouvées (1), à moins que le propriétaire primitif ne les réclame et n'établisse ses droits dans un délai sur lequel les textes parisiens du moyen-âge ne donnent pas de précision, mais qui est fixé à quarante jours, au xvi^e siècle, par un texte d'une autorité contestable (2). Toute personne qui trouve une épave doit la porter, dans le plus bref délai, au seigneur, sous peine d'amende arbitraire (3). Le seigneur fait procéder à une enquête auprès des intéressés probables (4) et à des bannies publiques (5) faites, au xvi^e siècle, à trois dimanches consécutifs et dont la première fera courir le délai de revendication (6). Le propriétaire restituera au seigneur les frais de garde et de nourriture ; au moyen-âge, il s'engageait, par lettres ou par plèges, à garantir le seigneur contre toute revendication ultérieure (7).

Le trésor se distingue de l'épave en ce qu'il est caché depuis un temps immémorial (8) ; son véritable propriétaire est inconnu, mais il existe un certain lien entre la chose cachée et le fonds qui la recèle. Le droit féodal attribuait le trésor au seigneur haut-

(1) Les nombreux *cas d'épave* relevés *infra* et *supra* ont été soigneusement recueillis pour établir le droit du seigneur à la haute justice dans le territoire considéré ; cf. *Ps. des Marès*, 252 ; le ms. lat. 12812, f^o 91 v^o, cite parmi les cas de haute justice dans la châtellenie de Montlhéry : *espaves lever, mors trouvez...*

(2) Articles sur les justices élaborés lors de la rédaction de 1580, mais qui ne furent même pas discutés par l'assemblée des Trois Etats, dans ms. fr. 5281, f^{os} 3 v^o et 4 ; *Manuscrits de Simon Marion*, p. 100, n^{os} 7-9 ; Bacquet, qui publie ces articles en tête de son *Traité des droits de justice*, édit. de 1601, pp. 3-5, les considère comme conformes à l'usage parisien et les prend comme base de son travail ; les art. 7 à 9 concernent les épaves. Un arrêt du Parlement du 2 janvier 1580, cité par Bacquet, *ibidem*, pp. 417-149, exclut les moyens ou bas justiciers du droit aux épaves ; mais je n'ai pas rencontré de décision au sujet du délai reconnu au propriétaire pour revendiquer son bien. Au moyen-âge, le délai semble avoir été d'un et jour : Jobbé-Duval, *Revendication des meubles*, p. 98.

(3) *Reg. de Saint-Maur*, p. 324 (1276) ; *Reg. de Sainte-Geneviève*, p. 384 (1287) ; *Reg. de Saint-Germain des Prés*, p. 424 (1274) ; *Articles cités*, n^o 8 (délai de vingt-quatre heures).

(4) *Reg. de Sainte-Geneviève*, p. 376 (xiii^e siècle).

(5) *Reg. de Saint-Germain des Prés*, p. 424 (1274). Publicité analogue faite à l'époque franque par l'inventeur : Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 18 ; Champeaux, *Vestitura*, p. 373.

(6) *Articles cités*, n^o 9 ; Ferrière, II, p. 1124, confirme cette procédure ; Brodeau, II, p. 397, se borne à résumer les articles, qu'il publie d'ailleurs pp. 618-619.

(7) *Reg. de Sainte-Geneviève*, p. 354 (1300) ; *Reg. de Saint-Martin des Champs*, pp. 510-511 et 517 (1338). Ces précautions ne sont pas toujours prises : *Reg. de Saint-Germain des Prés*, p. 424 (1274), p. 447 (xiii^e s.).

(8) De l'argent simplement trouvé et perdu depuis peu est traité comme une épave : *Reg. de Saint-Germain des Prés*, p. 424 (1274) ; ce texte peut servir à interpréter un arrêt du Parlement de 1296 attribuant à l'abbaye de Saint-Denis des pièces d'or trouvées à Aubervilliers *non tanquam thesaurum, sed tanquam quamdam rem inventam* : Olim, II, p. 412, n^o XXV.

justicier, sauf à admettre le droit du roi *aux fortunes d'or* (1). Au xiv^e siècle, cette tradition entre en conflit avec la théorie romaine et, dans les contradictions des textes, il n'est pas facile de discerner l'attitude de la pratique (2). Il est probable, cependant, qu'une transaction intervint, assez tôt, sur des bases voisines de celles qui furent admises définitivement dans la seconde moitié du xvi^e siècle. Si le trésor a été trouvé par le propriétaire du fonds même où il était caché, il est adjugé par moitié au seigneur haut-justicier et au propriétaire ; s'il a été trouvé par une personne étrangère, il sera partagé par tiers entre le haut-justicier, le propriétaire et l'inventeur (3). Il ne semble pas que le roi ait réussi à conserver son privilège sur les fortunes d'or, malgré l'appui de certains jurisconsultes (4).

La confiscation est un procédé d'acquisition dont bénéficie également le haut-justicier et qui s'applique principalement aux biens des grands criminels situés dans le ressort de sa justice (5). Alors qu'elle n'existe pas aux pays de droit écrit, elle est de droit commun en pays de coutume (6) et nous en rencontrons de nombreux exemples dans la région parisienne (7). Elle est la conséquence nécessaire de toute peine capitale, condamnation à mort

(1) Brissaud, pp. 1194-1195 ; E. de Laurière, dans son édition des *Inst. Cout.*, de Loisel, 2, 2, 52, remarquait que l'arrêt cité à la note précédente n'excluait nullement l'application à Paris de la règle sur les *fortunes d'or*.

(2) Le *Gr. Cout.*, p. 640, attribue le trésor au haut justicier ; le ms. fr. n. acq. 3555, sur ce texte, se borne à remarquer que la solution du droit romain est différente ; le ms. Vat. 4790, f^o 11, supprime la solution primitive pour adopter la solution romaine, comme la *Somme rural*, I, 36 (page 255), qui réserve au roi, cependant, la fortune d'or. D'après Jean Lecoq, n^o 193, le Parlement approuva des partages par moitié de trésors faits entre l'inventeur et le haut justicier (1389) ; ces trésors étaient des *fortunes d'or* et le roi ne semble pas les avoir réclamées comme telles ; l'un avait été trouvé à Amiens et l'autre dans la région parisienne.

(3) *Articles cités*, n^o 10 ; cet article est conforme à un arrêt du Parlement du 29 juillet 1570 et à un arrêt de la Chambre du Trésor du 30 mars 1580, cités par Bacquet, *Droits de justice*, pp. 413-415, et réglant l'attribution de trésors trouvés à Sannois et à Paris. La solution indiquée au texte ne semble pas avoir soulevé de difficultés par la suite : Ferrière, II, p. 1125. On hésitait seulement en ce qui concerne les trésors trouvés dans les lieux saints et sacrés : Ferrière, *Ibidem*, n^o 21.

(4) Loisel, *Inst. Cout.*, n^o 279, présente la prérogative royale comme encore en vigueur, mais ni les textes cités ci-dessus, ni Pasquier, *Institutes de Justinien*, pp. 244-245, ne font allusion à cette prérogative, qui était peut-être simplement une particularité du droit angevin. Loisel, n^{os} 280-281, adopte pour les autres trésors la solution parisienne.

(5) Je néglige la confiscation pour malfaçon prévue par les règlements des métiers et dont parle, par exemple, Jean Lecoq, n^o 285 (1393).

(6) L'opposition est faite nettement par Jean Lecoq, n^o 266 (1392).

(7) *Reg. cr. de Saint-Maur des Fossés*, loc. cit., p. 330 (1276), pp. 330-331, 332-333 (1274), pp. 333, 334, 345, 341 (1274) ; *Reg. cr. de Sainte-Geneviève*, pp. 357-358 (1266), p. 374 (1263), p. 380 (1287), p. 381 (1284 et 1293), p. 383 (1268), p. 399 (1258).

ou bannissement perpétuel (1), et elle frappe également tout accusé d'un crime capital qui se reconnaît coupable en prenant la fuite (2) ou en s'échappant de prison (3). J. d'Ableiges paraît aussi justifier la confiscation qui frappe les biens d'un suicidé par l'idée que le suicidé a voulu échapper par la mort au châtement, et il se rattache ainsi à la conception romaine (4). Mais il ne s'y tient pas aussi nettement que Boutillier et admet la confiscation des biens d'un simple désespéré, sauf à présumer le meurtre plutôt que le suicide au cas où le cadavre a été trouvé en un lieu public. Et il n'est pas douteux que la pratique parisienne confisque les biens de tous les suicidés, soupçonnés ou non de crime, pourvu qu'ils soient sains d'esprit (5). Par contre, la confiscation est exclue quand l'accusé meurt de mort naturelle avant la condamnation définitive (6) et on admit, à la fin du xiv^e siècle, que la grâce du roi intervenant avant l'exécution du jugement écarterait la confiscation (7).

Les biens confisqués appartiennent en principe au seigneur haut-justicier, quelque soit le crime (8); cependant, à la fin du xiv^e siècle, le roi confisque tous les biens des condamnés pour hérésie ou lèse-majesté (9) et le chancelier, les biens de ceux qui ont falsifié le sceau de France (10). Il y a là une déviation du régime primitif, car le seigneur confisquant est celui dans le ressort duquel les biens sont situés, même s'il n'a pas jugé le criminel. Et cette règle s'applique même aux meubles dont on considère

(1) Ms. Vatican 4790, f^o 55; confirmé par l'examen des cas cités à la note précédente et par le *Registre criminel du Châtelet de Paris* (1389-1392), édit. de la *Société des Bibliophiles français*, qui ne parle des biens des condamnés qu'en cas de peine capitale; voyez I, pp. 305-310, pour des cas de pilori. Une coutume prouvée en turbe en 1454, ms. fr. 5277, f^o 180, précise que la confiscation ne peut résulter que d'une sentence de justice.

(2) *Reg. cr. de Sainte-Geneviève*, p. 381 (1293) et p. 383 (1268).

(3) Exemple *ibidem*, p. 380 (1287); *Gr. Cout.*, p. 664.

(4) *Gr. Cout.*, p. 664; cf. sur cette question R. Caillemer, *Confiscation et administration des successions par les pouvoirs publics au moyen-âge*, Lyon, 1901, pp. 27-43.

(5) *Reg. cr. de Saint-Maur*, pp. 332-333 et p. 335; exceptions en cas de folie: *Reg. cr. de Saint-Martin des Champs*, pp. 540 et 541 (1343).

(6) *Gr. Cout.*, p. 658.

(7) *Gr. Cout.*, p. 660; cf. Lecoq, n^o 284 (1393).

(8) *Olim*, I, p. 442, n^o 6, cité par Caillemer, p. 34, n. 2; *Gr. Cout.*, p. 643; les exemples de confiscation relevés p. 96, n. 7 sont cités comme *cas de haute justice*; le *Registre criminel du Châtelet* note souvent que le criminel n'a aucun biens en la terre du roy (I, pp. 224.268.277.361.419; II, pp. 92.343) ou que ses biens sont assis en la terre du For l'Evesque (II, p. 456).

(9) *Gr. Cout.*, pp. 100, 205; exemple dans le *Reg. cr. du Châtelet*, II, pp. 209 et s.

(10) Jean Lecoq, n^o 242 (1391).

uniquement la situation réelle (1). Si le criminel est clerc, ses meubles sont confisqués par l'évêque dans le diocèse duquel il se trouve, l'évêque se substituant ainsi, en ce qui concerne les meubles seuls, au seigneur haut-justicier (2). C'est dans ce sens très restreint qu'il faut entendre la maxime : *les meubles suivent le corps* (3).

Nous avons des exemples, au XIII^e siècle, de la pratique archaïque qui consistait à démolir les maisons et à couper les vignes ou autres plantations des criminels (4). Mais, au XIV^e siècle, les seigneurs se contentent de se les approprier (5). La confiscation est générale et porte sur l'ensemble du patrimoine du criminel, y compris ses créances non recouvrées (6) ; mais, après sa condamnation, le coupable n'a aucune aptitude patrimoniale et le justicier confisquant ne pourrait réclamer une succession ouverte après l'exécution du jugement, mais avant sa mort naturelle (7). D'autre part, les biens volés étaient rendus aux propriétaires (8), et le geôlier, comme l'exécuteur de la justice, se partageaient ses effets (9). Quand le criminel était marié, l'étendue de la confiscation soulevait des problèmes délicats, liés à la nature des droits reconnus au mari et à la femme sur la communauté ou le douaire, et dont il vaut mieux ajourner l'examen (10). En principe, le seigneur confisquant fait siens les biens du criminel, sans être tenu de payer ses dettes ; toutefois, les charges réelles dont les hérita-

(1) *Gr. Cout.*, pp. 656-657 : les bagages d'un criminel déposés à l'hôtel sont confisqués par le haut-justicier du lieu, bien que le criminel n'ait pas été l'hôte de ce justicier et qu'il ait été justicié par le roi.

(2) *Gr. Cout.*, pp. 608-624 ; en 1274, l'évêque de Paris réclama même un immeuble appartenant à un clerc criminel et situé dans la haute justice de Saint-Maur des Fossés ; mais, après explications, il renonça à ses prétentions : *Reg. cr. de Saint-Maur*, p. 341.

(3) Maxime citée par le *Gr. Cout.*, p. 610, en ce qui concerne la question de l'inventaire des biens des clercs, et p. 617, dans le sens indiqué au texte, mais avec une précision relative aux biens volés, cf. pp. 623-624 et les textes cités dans mon *Assemblée de Vincennes*, pp. 307-308. Jean Lecoq, n° 109 (1386), nous cite le cas d'un clerc condamné à Montpellier et dont les biens meubles trouvés à Paris sont attribués à l'évêque de Paris.

(4) *Reg. cr. de Saint-Maur*, pp. 330-331 (XIII^e s.) : *vineas et fecimus eradicari, salceias, nuces et arbores scindi...* ; p. 333 : *domum suam fecimus dirui...*, pp. 334-335 (XIII^e s.).

(5) Il n'est question de cette pratique archaïque ni dans les registres des autres abbayes, ni dans celui du Châtelet.

(6) Voyez par ex. *Reg. cr. du Châtelet*, II, p. 495 (1392).

(7) *Gr. Cout.*, p. 666.

(8) *Gr. Cout.*, pp. 617-623-624.

(9) *Gr. Cout.*, p. 657.

(10) Voici les principaux textes de la fin du XIV^e siècle : *Cout. not.*, 164 (1372) ; *Ps. des Marès*, 246 ; *Gr. Cout.*, p. 218 = p. 658 ; ms. Vat. 4790, f°s 55 v° et 56.

Note 1. *Bar. de N.D. de Paris*, I, p. 35 (an. 1150). Bouchard de May, avant sa trahison a engagé à l'évêque de Paris 6 muids de grain sur sa dîme de May. moyennant 34 l. 10 sous dont il a reçu 10 sous in arram. Le roi a confisqué ses biens par trahison. Lep. il respectera ce contrat régulièrement passé et, moyennant 34 l. 10 que lui versera l'évêque, il lui garantira le grain engagé 25. 8. 27

ges sont grevés subsistent (1) et l'on admet, à la fin du xiv^e siècle, que certaines créances privilégiées, comme les créances du roi et les engagements contractés aux foires de Champagne, peuvent être recouvrées sur les biens du condamné (2); parfois même, on permet à ce dernier de faire son testament (3). La liquidation du patrimoine confisqué était effectuée par des commissaires nommés par la justice intéressée (4).

Les coutumes rédigées sont extrêmement sobres en ce qui concerne la confiscation; elles se bornent à formuler une maxime peu claire : *qui confisque le corps il confisque les biens* (5), maxime dont l'interprétation ne souleva d'ailleurs pas de graves difficultés, car la doctrine recourut aux articles qui, bien qu'écartés lors de la rédaction de 1580, étaient cependant conformes à la tradition parisienne (6).

Les auteurs sont, en général, peu favorables à la confiscation (7); Brodeau cependant la défend, en partant plus ou moins nettement de l'idée que le droit de succession ne découlant pas du droit naturel, la coutume peut l'écarter si elle le juge nécessaire pour rendre plus exemplaire la punition des crimes (8). La question ne se discute d'ailleurs pas dans le ressort de la coutume de Paris qui a statué formellement. La confiscation criminelle, soigneusement distinguée de la commise féodale (9), est la suite

(1) *Gr. Cout.*, p. 657; le ms. Vatican 4790, f^o 56, ainsi d'ailleurs que les mss. en quatre livres, étudie la question des arrérages des rentes : ceux qui étaient échus avant la confiscation ne peuvent être réclamés, mais le seigneur doit ceux qui échoient après la confiscation; le *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 74, confirme cette solution en constatant qu'elle ne ralliait pas l'unanimité; une coutume des environs de 1430, rapportée par le ms. fr. 21390, f^o 30 v^o, précise que le roi reconnaît seulement les rentes inféodées ou ensaisinées.

(2) *Gr. Cout.*, p. 217 = p. 657 (dette des foires); Jean Lecoq, n^o 75 (1385); le *Ps. des Marès*, 244, après avoir posé le principe, excepte les dettes de dépôt et de tutelle qui ne sont pas des dettes véritables.

(3) *Reg. cr. du Châtelet*, II, p. 209 et s.

(4) *Ibidem*, I, p. 34.220; II, 264.495.

(5) A. C. 198 = N. C. 183 : ces articles ne soulevèrent aucune difficulté lors des rédactions.

(6) Ms. fr. 5281, f^o 3 = *Manuscrits de Simon Marion*, p. 99. Articles reproduits par Bacquet, *Droits de justice*, édit. citée, p. 3, et par Brodeau, II, p. 618, art. 4-6.

(7) Voyez par exemple Ricard, dans Ferrière, II, p. 1395; la doctrine, suivant en cela Du Moulin, est particulièrement hostile à la confiscation des propres.

(8) Brodeau, II, p. 461; il ajoute subsidiairement après Bacquet, *loc. cit.*, c. 15, p. 97, que la menace d'une peine aussi sévère pour les enfants détournera mieux du crime que la seule menace d'un châtement personnel.

(9) Brodeau, II, p. 459, n^o 3; sur la commise, voyez ce qui a été dit, t. I, p. 321.

naturelle et forcée de toute condamnation capitale (1). Les fugitifs bénéficient de la théorie de la contumace selon laquelle, dans son état dernier, la condamnation, et par suite la confiscation, n'est définitive qu'après cinq ans (2). D'autre part, le suicide n'entraîne plus la confiscation que dans la mesure de plus en plus restreinte où sont admis les procès aux cadavres (3). Pour préciser davantage, il faudrait faire une théorie de la mort civile, qui ne rentre pas dans le cadre de cette étude (4).

La confiscation appartient toujours en principe au seigneur haut-justicier de la situation des biens (5) et l'on considère, comme au ^{xiv}^e siècle, que les meubles appartiennent au seigneur du lieu où ils se trouvent réellement et non pas au seigneur du domicile du condamné ; seules, les créances qui n'ont pas d'assiette fixe sont rattachées à ce domicile pour la confiscation (6). Les meubles des clercs eux-mêmes suivent la règle générale et n'appartiennent plus à l'évêque (7). Il n'y a donc pas de lien nécessaire entre la juridiction et le droit de confiscation et, si ce droit est considéré comme un *fructus jurisdictionis*, c'est dans un sens très particulier ; il découle de la haute justice en soi, non du fait d'avoir jugé tel criminel (8).

Cependant, on continue à attribuer au roi, quelle que soit leur situation, les biens de ceux qui ont été condamnés pour lèse-majesté divine ou humaine, et même pour fausse monnaie (9), et le chancelier confisque toujours les biens de ceux qui ont contre-fait le sceau du royaume (10). Mais on n'étendit pas ces règles aux autres cas royaux, ce qui eût conduit à dépouiller entièrement

(1) Ferrière, II, p. 1403 et s. ; Brodeau, II, p. 467, n° 19.

(2) Ferrière, II, p. 1404, n°s 28 et s.

(3) *Ibidem*, n° 26.

(4) Ricard, dans Ferrière, II, p. 1396, pose en principe qu'il y a confiscation dans tous les cas où la condamnation entraîne mort civile sans durée déterminée.

(5) Articles rejetés en 1580, n° 4 ; *Manuscrits de Simon Marion*, p. 99 ; c'est l'opinion unanime, dans le ressort de la coutume de Paris ; par exemple Bacquet, *loc. cit.*, c. 11, p. 58.

(6) Brodeau, II, p. 471, suivi par Ferrière, II, p. 1410, n°s 9 et 11.

(7) Brodeau, *ibidem*, n° 25 ; Ferrière, II, pp. 1407-1408, qui cite comme ayant maintenu expressément la solution ancienne la coutume du Nivernais.

(8) Voyez sur ce point Bacquet, *loc. cit.*, c. 11, p. 58 et s.

(9) Ce sont les cas admis par les articles rejetés en 1580, n° 4 ; le cas de fausse monnaie a été suggéré sans doute par deux sentences un peu antérieures de la Chambre du Trésor et du Châtelet de Paris, citées par Bacquet, p. 61, mais il y a eu aussi des décisions contraires, et Bacquet, p. 63, n'est affirmatif que pour les cas de lèse-majesté ; cf. Ferrière, II, p. 1423 et s., qui discute si le duel est un cas de lèse-majesté humaine.

(10) Brodeau, II, p. 473, n° 27.

les seigneurs (1). Et, en fait, le roi ne profite guère des confiscations ; il en dispose d'ordinaire à titre gratuit, parfois même avant que la confiscation ne soit acquise (2) ; on peut relever une tendance croissante à remettre les biens confisqués, au moins partiellement, aux plus proches héritiers du criminel, ce qui pose des problèmes de droit fort délicats (3), mais témoigne en même temps d'une réaction croissante de l'opinion contre le principe même de la confiscation.

Cette réaction explique aussi les effets atténués qu'elle produit. S'agit-il de régler le sort des biens communs en cas de crime du mari ou de la femme, la doctrine, sans souci de se contredire, s'arrange pour ne laisser au seigneur confisquant que le moins possible. Au moyen-âge, le règlement de ce point délicat pouvait être lié à la conception théorique des pouvoirs du mari sur la communauté. Au xvi^e siècle, on ne s'occupe que d'accorder le plus possible à l'époux non coupable et aux enfants (4). Dans le même esprit, on admet sans difficulté que la mort simplement civile du mari criminel ouvre le droit au douaire pour la femme comme pour les enfants (5). Et le douaire des enfants fonctionne ici comme une légitime coutumière d'autant plus utile qu'on n'osa pas admettre à l'encontre du seigneur la légitime de droit (6).

Dans un milieu juridique si peu favorable à la confiscation, la question du paiement des dettes ne devait pas soulever de diffi-

(1) La question n'est même plus discutée après Bacquet, *loc. cit.*, qui conclut en faveur des hauts-justiciers.

(2) Voyez sur tous ces points : Bacquet, c. 17, qui pose en principe que le roi doit vider sa main des fiefs qu'il a confisqués comme haut-justicier, mais qui relèvent d'un autre seigneur ; Brodeau, II, pp. 476-477 ; Ferrière, II, p. 1431 et s., qui consacre tout un paragraphe à l'examen de cette question très pratique.

(3) Brodeau et Ferrière discutent longuement la question de savoir si les biens restitués par le roi aux parents du confisqué étaient des propres ou des acquêts de succession. Le Camus, *apud* Ferrière, II, pp. 1459-60, atteste que la question n'était pas tranchée de son temps et qu'il y avait des arrêts dans les deux sens.

(4) Je renvoie au c. de la communauté la solution des questions de détail. J'indique seulement qu'on trouve déjà dans les articles rejetés en 1580, n° 6, *Manuscrits de Simon Marion*, p. 100, les principes admis par la doctrine postérieure : Bacquet, c. 15, n°s 84-86, n° 90, qui cite des arrêts importants ; Brodeau, II, p. 467 *in fine*, qui invoque de curieux précédents historiques ; Ferrière, II, pp. 1411-15.

(5) Bacquet, c. 15, n° 61, qui cite en ce sens un arrêt solennel du Parlement du 14 août 1567 ; Brodeau, II, p. 474, n° 28.

(6) En 1556, lors de la rédaction de la coutume de Montfort l'Amaury, on essaya de conserver aux enfants une partie de la succession du père criminel, mais cette tentative échoua : Brodeau, *ibidem*, p. 475. Ferrière, II, pp. 1431-1432, cite un arrêt du Parlement qui adopte une solution plus bienveillante mais sans tirer à conséquence.

cultés. Nos anciens auteurs citent des ordonnances du début du x^v^e siècle, bien justifiées par les circonstances historiques et qui permettaient aux Parisiens de se faire payer de leurs créances sur les biens confisqués, nonobstant la coutume générale du royaume (1). Mais cette coutume même changea sous l'influence du principe romain, si équitable, que tout patrimoine s'entend *deducto aere alieno* (2). Bien entendu, le seigneur ne paie les dettes que dans la mesure de son émolument et, pour les cas compliqués, un curateur était nommé par justice au patrimoine confisqué (3).

(1) Notamment Brodeau, II, p. 467 : *nonobstant que, par la coutume du royaume, ceux à qui appartenient les confiscations ne fussent tenus de payer aucunes dettes.*

(2) Bacquet, c. 11, n^o 7, *édit. citée*, p. 60 ; cf. Ferrière, II, p. 1427 ; N. C. d'Orléans, 331.

(3) Le Camus, *apud* Ferrière, II, pp. 1461-62 ; le même auteur, pp. 1457-1458, s'étonne que la jurisprudence n'ait pas encore réglé les modalités du paiement des dettes quand le condamné avait des biens dans des coutumes excluant la confiscation.

CHAPITRE V

La revendication des meubles ⁽¹⁾

Nous pouvons entièrement négliger, comme concernant la procédure, la question de la revendication des immeubles ; mais lorsqu'il s'agit des meubles, la question de forme est étroitement liée à la question de fond et il faut l'aborder pour connaître les conceptions coutumières relatives à la propriété des meubles. Sur le problème en général, dont l'importance théorique et pratique est grande, il existe de nombreux travaux d'ensemble, sans qu'on puisse le considérer encore comme complètement élucidé (1). Le dépouillement des sources parisiennes, assez pauvres pour l'époque ancienne, qui est la plus intéressante, me permettra seulement d'y apporter une contribution limitée ; il n'y aurait aucun profit scientifique à l'alourdir par l'exposé de controverses qu'elle ne permet nullement de trancher.

§ 1. — LA REVENDICATION DES MEUBLES AU MOYEN-ÂGE

Les registres des justices monastiques de Paris nous montrent, au XIII^e siècle, des propriétaires revendiquant des objets perdus entre les mains des seigneurs hauts-justiciers (2). Il y est aussi question de la revendication exercée en cas de vol, mais seulement par allusion et en termes trop voilés pour qu'il soit possible d'en tirer des indications précises (3). D'autre part, à peu près à

(1) Cf. E. Jobbé-Duval, *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, 1880, qui donne toute la bibliographie antérieure ; Violette, pp. 620-622 ; Brissaud, p. 1198 et s. L'opinion la plus répandue, accréditée par les germanistes, estime que le droit coutumier primitif n'admettait pas la revendication des meubles en dehors du cas de perte ou de vol. Mais cette opinion a été vivement contestée, notamment par Van Bemmelen, Champeaux, *Vestitura*, pp. 287-304, critique les systèmes reçus et n'admet la revendication que pour les meubles marqués.

(2) Cf. *supra*, p. 95.

(3) *Reg. criminel de Saint-Germain des Prés*, dans Tanon, *Justices monastiques de Paris*, p. 424 (1272) : un juif est arrêté à la foire Saint-Germain, porteur d'une panne qui *fu encerciee pour emblee* ; un conflit de juridiction s'éleva entre le prévôt de Paris, le prévôt de la foire et le prévôt de l'abbaye ; ce dernier, après délibération, mis le juif en liberté parce qu'il était mar-

(1) La question est très amplement reprise dans la thèse Feenstra, citée, p. 104, en hollandais avec résumé en français, p. 203-255

la même époque, les *Constitutions du Châtelet* semblent admettre comme allant de soi la revendication des meubles, à côté de celle des immeubles (1).

Le xiv^e siècle nous apporte, dès son début, des documents moins sommaires. En 1321, un chevalier réclame à un orfèvre, devant le prévôt de Paris, puis devant le Parlement, un chapeau d'or que l'orfèvre devait lui faire, pour un prix fixé, avec des pierres précieuses confiées dans ce but par le chevalier (2) ; l'orfèvre expose qu'un marchand vénitien, à qui le chevalier n'avait pas entièrement payé les dites pierres, en avait obtenu, devant le prévôt, l'exhibition puis la vente à l'encan, le chevalier, assigné, ayant fait défaut ; l'orfèvre s'était ainsi trouvé dans l'impossibilité de fabriquer le chapeau d'or ; le chevalier perdit son procès devant les deux instances. Les termes de l'arrêt ne permettent pas d'affirmer que le marchand vénitien ait revendiqué, dans les mains de l'orfèvre, les pierres précieuses dont il n'avait pas reçu le prix ; du moins, il put les suivre dans les mains d'un tiers détenteur, les faire exhiber, puis les mettre en vente. Nous retrouverons, plus tard, des solutions analogues au profit du vendeur impayé. La même année, nous rencontrons, dans les registres du Parlement (3), un véritable procès sur la propriété d'une ceinture de soie garnie d'argent : un bourgeois de Paris la réclamait comme sienne à l'encontre d'un orfèvre qui s'en prétendait propriétaire ; le prévôt de Paris, juge en première instance, entendit les témoins, consulta des experts et examina la ceinture. Il donna gain de cause au bourgeois et sa sentence fut confirmée en Parlement. Il est certain qu'il s'agit d'un procès purement civil, mais on ne sait pas comment le bourgeois fut dépossédé de sa ceinture, ni comment elle parvint à l'orfèvre.

Le Style des Maucieux nous fournit sur la question des indications plus précises ; il nous donne trois formules d'actions tendant à obtenir restitution de meubles. Dans la première, le propriétaire se plaint d'avoir été dépouillé d'une partie de ses meubles par une exécution irrégulière ; il constate qu'il n'a rien fait

cheanz commun et qu'il avait acheté la panne perdue par un chrétien peu auparavant. On ne dit pas ce qu'il advint de la panne. *Ibidem*, p. 425 (1276) : une femme est libérée sur sa bonne réputation : elle avait acheté, à la foire, un *pelicon* volé et n'avait pu retrouver son *guarentisseur*, qui était probablement le voleur.

(1) Edit. Mortet, §§ 30 et 53.

(2) Boutaric, n° 6307 (9 mars 1321) : le résumé de Boutaric étant insuffisant, il faut se référer à l'original : A. N., X^{1a} 5, f° 73. †

(3) Boutaric, n° 6387 (28 avril 1321) : l'arrêt est donné intégralement.

autre et de revendication de meuble s'appliquant à un
drap de lit emble : Reg. de St Martin des Champs, p. 457.
458, 30 avr. et 1^{er} mai 1332 [18.1.35]

† Le texte original est publié par Robert Feenstra, *Reclame en revendicatie*, thèse
Amsterdam, 1949, p. 307-308

[3-IV-44]

pour perdre la saisine qu'il en avait ; cette exécution injuste a nui gravement à son crédit et à sa bonne renommée ; il demande la restitution des meubles ou de leur valeur et des dommages-intérêts pour le préjudice subi (1). La seconde, qui est très courte, est intentée par le propriétaire de meubles remis en gage pour sûreté d'une dette contre l'héritier du créancier ; le propriétaire offre de payer la dette ainsi garantie (2). La troisième est qualifiée expressément de *demande de chose emblée* (3) et confirme ainsi la conjecture due à la perspicacité de M. Jobbé-Duval (4) ; celui qui l'intente doit mettre quatre deniers sur la chose qu'il réclame en affirmant qu'elle est à lui et qu'il n'a rien fait pour en perdre la saisine. Ce texte concorde entièrement avec l'exemple, de 1332, d'une action de cette nature que nous a conservé le registre de Saint-Martin des Champs (5) et atteste ainsi la survivance, au xiv^e siècle, d'un usage pratiqué au Châtelet de Paris, en 1270 (6), et qui est très répandu, au xiii^e siècle, dans les régions les plus diverses (7). Le détenteur de la chose sur laquelle les quatre deniers ont été mis n'est pas formellement accusé du vol ; il peut invoquer son garant, c'est-à-dire mettre en cause celui qui lui a vendu la chose revendiquée, et l'on peut ainsi remonter jusqu'à quatre garants. Le détenteur qui ne trouverait pas son garant pourrait invoquer sa bonne foi et dire qu'il avait acheté la chose *en wulgau ou au marchié* ; il échapperait ainsi à tout risque, mais perdrait la chose définitivement (8). Mais, si sa mauvaise foi était prouvée, il s'exposerait à une poursuite capitale (9). La suite du texte, en forme de commentaire, paraît bien faire allusion à la véritable action de vol, en protestant contre la peine

(1) *Ordre de plaidoyer...*, ms. fr. 19832, f^o 11 v^o, et ms. Vatican 4790, f^o 102 ; il faut remarquer que ce texte prête au revendiquant la formule : *ne fis oncques chose par quoy je deusse perdre la saisine*, que l'on retrouve dans de nombreux textes du xiii^e siècle : Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 127.

(2) *Ibidem*, f^o 12.

(3) *Ibidem*, f^o 24 v^o.

(4) On sait que M. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 91, n. 1, a qualifié le premier de *demande de chose emblée* une action nouvelle créée au moyen-âge et distincte de l'action de vol ; il n'avait pas rencontré cette expression dans les textes, mais elle lui avait été suggérée par certains d'entre eux. Le *Style des Mauereux* atteste que tel fut bien le nom que lui donna la pratique coutumière.

(5) Edit. Tanon, p. 461 (30 juin 1332), déjà cité par Jobbé-Duval, page 130, n. 2.

(6) Texte cité par Jobbé-Duval, p. 130, n. 1.

(7) V. les nombreux textes cités par Jobbé-Duval, p. 130 et s., et par Viollet, *Et. de Saint-Louis*, I, p. 223.

(8) Même solution présentée comme coutume *ença la rivière de Somme* par Boutillier, I, 35, p. 245.

(9) Je résume ici le texte des *Mauereux*, qui n'est pas toujours clair, en raison de la médiocrité du ms. qui nous l'a conservé.

du talion qui frapperait le plaideur téméraire, d'après certaines opinions. En s'insurgeant ainsi contre l'une des règles essentielles de l'action de vol au moyen-âge (1), les Maucieux nous permettent de croire qu'au xiv^e siècle elle tombait en désuétude devant la demande de chose emblée et la poursuite d'office par le juge (2).

Il ne semble pas, d'autre part, que la pratique parisienne ait distingué de cette demande l'action que M. Jobbé-Duval appelle *action de chose adirée* (3). En 1332, un propriétaire suit un drap de lit dans les mains d'un détenteur *pour emblé* ou *comme adiré* (4); les deux expressions sont employées indifféremment; la chose importante est qu'il ne s'agit pas d'une action de vol, bien que le détenteur, d'abord, puis son garant, soient emprisonnés par ordre du juge. Il s'agit avant tout, dans l'esprit du propriétaire, d'obtenir la restitution de la chose. A cet égard, cette action peut être rapprochée de la demande civile qu'intenta une femme contre la propriétaire *des estuves* pour obtenir restitution de pièces d'argent qu'elle ne retrouvait plus dans sa bourse, confiée en garde à la sœur de la propriétaire de l'établissement (5); la demanderesse stipule que son action tend seulement à restitution des pièces perdues; les deux sœurs, d'abord emprisonnées par le juge, sont ensuite élargies jusqu'à huitaine. Mais ici il y a eu relation contractuelle entre les parties; la propriétaire agit contre une dépositaire infidèle ou peut-être négligente (6).

Dans la seconde moitié du xiv^e siècle, il est encore fait allusion à la demande de chose emblée, sans qu'on puisse savoir si le formalisme des quatre deniers s'est maintenu (7). Mais on voit surtout se multiplier les exemples de revendication directe de la

(1) V. Jobbé-Duval, pp. 107-112.

(2) Dans le cas de 1272, cité *suprà*, p. 103, n. 3, il s'agit certainement d'une demande de chose emblée et c'est très probable pour le cas de 1276 cité *ibidem*; dans ces deux cas, comme dans celui de 1332, le défendeur la demande avait été emprisonné d'office par le juge pour *soupçon de larcin*.

(3) *Loc. cit.*, pp. 159-165; cette action aurait été, d'ailleurs, bien moins largement employée que la précédente, et M. Jobbé-Duval ne la signale qu'aux royaumes latins d'outre-mer, en Normandie et en Angleterre.

(4) *Reg. cr. de Saint-Martin des Champs*, édit. Tanon, pp. 457-458.

(5) *Ibidem*, p. 458 (3 mai 1332).

(6) M. Jobbé-Duval, p. 93, n. 2, semble considérer ce cas comme un exemple de l'*action de chose adirée*; mais le fait qu'un dépôt est intervenu me paraît modifier entièrement la nature de l'action.

(7) *Reg. cr. du Châtelet de Paris*, II, p. 476 (1392): un vendeur a été assigné en garantie par l'acheteur, entre les mains duquel la chose a été *poursuie pour emblée*; autres exemples probables, *ibidem*, I, p. 9, p. 36 et s.; II, p. 422. Ces témoignages ne sont pas explicites, car ils se réfèrent à l'aspect criminel du cas; le détenteur de la chose poursuivi par le propriétaire retrouve son garant, qui est justicié comme larron.

chose par le propriétaire, alors même qu'il s'en est dessaisi de plein gré. En 1370, une turbe de vingt-quatre orfèvres parisiens décida une question intéressante (1) : un orfèvre avait confié des bijoux à un courtier pour les vendre à un certain prix ; la vente fut faite, mais le courtier ne paya pas à l'orfèvre le prix convenu ; il fut précisé que l'orfèvre pouvait, soit agir contre le courtier par l'action de garde ou de commende, soit poursuivre ses bijoux en nature dans les mains du tiers acquéreur, car il en avait gardé la propriété, n'ayant pas été payé par le courtier. Cette décision n'apparaît d'ailleurs que comme l'application d'un principe général, et sans doute ancien, permettant au vendeur impayé d'agir pour recouvrer son prix ou sa chose dans les mains d'un tiers, s'il l'a vendue sans terme (2). Boutillier nous cite un cas assez curieux qui fut réglé par le prévôt de Paris (3) : une pièce de toile a été confiée à un artisan pour la faire blanchir ; l'artisan l'engage à un juif en sûreté d'un prêt ; le propriétaire la revendique dans les mains du juif et l'obtient, sans même avoir à lui rembourser le montant du prêt et les intérêts. Boutillier s'inspira de cette décision et des conseils qu'il reçut à Paris pour admettre la revendication d'un objet perdu, acheté par un fripier de Tournai, sans restitution du prix d'achat (4).

Ces exemples permettent de préciser le sens du célèbre adage *meuble n'a pas de suite*, qu'on rencontre dans la région parisienne comme ailleurs (5). Il est difficile de savoir si cet adage n'est plus qu'un résidu d'une règle autrefois générale (6), mais il est bien certain qu'à la fin du xiv^e siècle sa signification est restreinte. Il n'exclut nullement le droit de suite qui pourrait appartenir au propriétaire ; il écarte seulement le droit de suite qui appartient au créancier hypothécaire ; il veut dire seulement que l'hypothèque mobilière entraîne uniquement le droit de préférence tant que les meubles sont en possession du débiteur ; mais s'il les a transmis à un tiers, le droit de suite est exclu. L'explication est

(1) *Cout. not.*, 159-160 ; cf. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 184, n. 1 ; cette affaire est à rapprocher de celle de 1321 citée *suprà*, p. 104, n. 2.

(2) *Cout. not.*, 141 = *Ps. des Marès*, 195 ; les deux textes concordent presque absolument ; le premier ne prévoit l'action que pour obtenir le paiement du prix ; le second ajoute : *ou pour ravoïr sa chose*.

(3) *Somme rural*, I, 43, pp. 319-320 ; cf. Jobbé-Duval, p. 184.

(4) *Ibidem*, pp. 320-321.

(5) *Cout. not.*, 23 = *Ps. des Marès*, 165 : ces deux textes, médiocrement rédigés se complètent, l'un l'autre ; notable publié par A. Giffard, *Études de Sens et J. d'Ableiges*, p. 62, n° 15, d'après un ms. du *Stilus curie* conservé aux Archives de l'Isère ; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 7 v° ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 38.

(6) C'est l'opinion de M. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 167 et s. et pp. 187-189.

donnée par des textes nombreux et concordants (1); mais certains d'entre eux, sous l'influence des textes romains accordant un effet réel à l'action paulienne, admettent le droit de suite quand les meubles ont été aliénés pour frauder les créanciers (2); d'autre part, il convient de réserver le privilège du bailleur sur les meubles garnissant la chose louée, privilège qui s'accompagne d'un droit de suite limité (3).

On comprend, dans ces conditions, que le *Grand Coutumier* ait admis, sans aucune restriction, le droit de revendication du propriétaire du meuble (4). L'influence du droit romain, que Boullillier atteste expressément (5), n'est pas niable; mais de nombreux précédents établis par la pratique parisienne, sous la seule préoccupation de l'équité et des besoins du commerce, conduisaient assez nettement à cette généralisation. J. d'Ableiges distingue clairement la réintégrande, fondée sur une dépossession violente et la véritable revendication mobilière. En cas de revendication, la chose mobilière doit être exhibée par le détenteur et est mise en la main du roi; cependant le défendeur peut obtenir la récréance, c'est-à-dire la détention intérimaire, à charge de ne pas l'aliéner et de la représenter à la première sommation; s'il n'est pas solvable, il devra fournir caution à l'appui de son engagement. Ces dispositions étaient rationnelles, puisqu'on n'admettait pas d'action possessoire en ce qui concerne les meubles, sauf la réintégrande (6); des précautions spéciales devaient être prises pour empêcher la disparition de la chose en litige, à une époque où les rigueurs anciennes étaient tombées en désuétude (7).

Les registres du Châtelet nous montrent que la pratique s'y conformait (8). Mais il restait à régler d'autres difficultés sur

(1) Cités *suprà*, p. 107, n. 5.

(2) Notamment *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 7 v°.

(3) Il en sera traité *infra*, à propos des obligations.

(4) Liv. 2, c. 16, de *reivendication*, pp. 225-226; cf. pp. 532-533, un *libelle en cas de reivendication* relatif à un sac de toile qui a été perdu; on y retrouve la formule traditionnelle de la demande de chose emblée: *et sans ce que... il feist ou ait faict chose quelconque par quoy il en deust perdre la possession et saisine.*

(5) *Somme rural*, I, 43, p. 321.

(6) Cf. *suprà*, p. 46.

(7) L'action en revendication, simple action civile, remplace pratiquement les actions pénales ou semi-pénales antérieures dont la procédure assurait la conservation de la chose *pendente lite*.

(8) A. N., Y 5220, f° 266 v° (20 juillet 1396); Y 5221, f° 39 (14 déc. 1398): revendication de joyaux; *Sent. du Châtelet*, n° 94 (24 mai 1414): revendication d'une chose perdue et déposée au Châtelet; n° 96 (20 oct. 1430); Y 5229, f° 48 v° (9 juillet 1427); Y 5230, f° 23 v° (11 juillet 1430): revendication de chevaux; dans cette dernière espèce, l'action est qualifiée de *cas d'arrest et de reivendication*.

l'exercice de cette large action en revendication (1). Dans bien des cas, le détenteur de la chose l'avait acquise de bonne foi et payée de ses deniers; dépouillé par le véritable propriétaire, n'avait-il pas droit à quelque restitution? Le Châtelet refuse toute compensation à celui qui a acheté, même de bonne foi, du voleur lui-même; il n'a de recours que contre le voleur (2). Mais il protège ceux qui ont acquis en plein marché la chose revendiquée: en 1414, un boucher de Paris acheta quatre bœufs, au marché de Paris, d'un certain marchand de bétail, mais sans payer comptant (3); un autre marchand prétendit que les bœufs lui appartenaient; le juge ordonna que les bœufs seraient montrés aux témoins du réclamant, puis livrés au boucher, à charge de consigner le prix, majoré d'une certaine somme (4), dans les mains d'un examinateur au Châtelet; le prix des bœufs fut remis au propriétaire revendiquant, à charge de garantir le boucher contre son vendeur. En somme, le procès pouvait se poursuivre à loisir entre les deux marchands; le boucher obtenait les bêtes acquises en consignation leur valeur en main de justice. Il est probable que cette jurisprudence s'accordait avec des usages suivis au marché de bestiaux de Paris; les affaires traitées sur ce marché ne devaient pas être immédiatement réglées pour permettre, dans un court délai et sans inconvénients pour les acheteurs, la revendication des vérifiables propriétaires. Des usages analogues devaient s'ajuster chez les orfèvres au principe qui permettait au propriétaire des bijoux de les revendiquer, tant que le courtier ne lui en avait pas payé l'estimation. Mais le commerce eut été impossible si la revendication du propriétaire n'avait dû s'exercer dans un très bref délai. Les textes parisiens ne permettent pas de préciser ce délai qui devait être déterminé par des usages commerciaux; mais on se tromperait sûrement en admettant que le propriétaire véritable pouvait revendiquer tant que le détenteur n'avait pas lui-même acquis la propriété au bout des trois ans de l'usucapion romaine. Sans doute, le *Grand Coutumier* semble adopter ce délai (5); mais il ne s'agit

(1) Les exemples cités prouvent qu'elle s'applique aux cas les plus divers, même à la réclamation d'une chose perdue remise par l'inventeur au haut-justicier.

(2) Cela peut s'induire de l'espèce citée au *Gr. Cout.*, pp. 623-624, à propos d'une question de conflit de juridiction.

(3) *Sent. du Châtelet*, n° 95 (2 juin 1414).

(4) On pourrait se demander si cette somme, quatre livres dans l'espèce, pour quarante livres, représentant la valeur des bœufs, ne serait pas un souvenir des quatre deniers de la demande de chose emblée.

(5) P. 198, texte donné en note.

(1) Solution analogue déjà au XIII^e s. devant la cour de l'évêque du Puy: Delcambre, *Le pariage du Puy*, p. 27
[15.2.33]

que d'un démarquage des théories romaines, dont la concordance avec les décisions de la pratique reste à démontrer.

Il est bien difficile de conclure sur des renseignements aussi fragmentaires ; mais il serait aussi exagéré de soutenir que la coutume parisienne a entièrement adopté, au xiv^e siècle, la théorie romaine de la revendication mobilière que de supposer qu'au xiii^e siècle elle excluait toute revendication des meubles, en vertu d'une tradition ancienne et formelle. Sans contester ni la survivance de certains rites, ni l'influence toute naturelle du droit romain, on peut penser que les tribunaux parisiens ont statué sans idée préconçue en s'efforçant de concilier les intérêts en présence. Il est visible qu'ils se sont assez peu soucié du commerce des revendeurs, trop souvent suspect de dissimuler des opérations de recel (1) ; mais il n'y a pas trace que leur jurisprudence, large à admettre la revendication, ait causé quelque trouble au commerce normal ; elle s'est bien plutôt appliquée à homologuer les usages commerciaux constatés par les corporations intéressées. Il lui a suffi, pour protéger suffisamment, à son gré, les détenteurs de meubles, d'interdire toute suite par hypothèque, mesure qu'imposait, de toute manière, le développement des hypothèques générales. Dans tout cela, l'action de la doctrine a été bien faible ; il en devait être autrement après la rédaction des coutumes.

§ 2. — LA REVENDICATION DES MEUBLES D'APRÈS LES COUTUMES RÉDIGÉES

Les coutumes rédigées ne contiennent, sur la question, qu'un petit nombre de dispositions ; elles reproduisent la maxime traditionnelle selon laquelle *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (2) ; elles permettent, en outre, à celui qui a vendu une chose mobilière sans jour ni terme de la suivre, même entre les mains d'un tiers, pour être payé du prix (3). La N. C. 171 limita expres-

(1) L'espèce citée par Boutillier, I, 43, pp. 320-321, pour laquelle il fut conseillé par des avocats parisiens, est caractéristique de cet état d'esprit.

(2) A. C., 77, répété par l'art. 168 ; N. C., 170, qui explique l'adage ; la disposition est traditionnelle : *Cout. du Châtelet*, n° 58 ; on retrouve, dans le *Projet* de 1507, la répétition des art. 77 et 168 de l'A. C. : *Trav. prép. de l'A. C.*, pp. 213 et 219.

(3) A. C., 194 = N. C., 176 ; le premier *Projet* (ms. fr. 5281, f° 82) ajoutait qu'un terme de 8 à 10 jours n'était pas réputé terme ; cette disposition disparut du second *Projet* où apparaît, pour la première fois, l'art. 177 (ms. fr. 5282, f° 31 v°) ; cf. *Manuscrits de Simon Marion*, p. 77. Ces articles reproduisent textuellement *Cout. not.*, 141, et *Ps. des Marès*, 195. — Cf. Montfort l'Amaury, 181 ; Mantes et Meulan, 65.

sément la première maxime en admettant le privilège du bailleur et reconnu un certain droit de préférence, mais à l'exclusion du droit de suite, au vendeur à crédit (1). C'est sur cette maigre réglementation que travaillent les commentateurs, en se bornant d'ailleurs à citer des espèces. Bourjon, le premier, tout en s'efforçant de rester dans les cadres de la coutume, essaiera de construire une théorie générale de la matière, basée avant tout sur la jurisprudence du Châtelet. Mais nous ne connaissons cette jurisprudence que par lui, et ses références sont bien vagues ; il faudrait une exploration méthodique des archives récentes du tribunal parisien pour élucider entièrement la question (2).

Les auteurs sont d'accord pour justifier par les nécessités du commerce la maxime *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (3). Ils l'expliquent juridiquement en constatant que notre pratique coutumière n'admet plus l'hypothèque conventionnelle sur les meubles, pas même l'hypothèque spéciale (4) ; sans doute, certaines coutumes connaissent encore la préférence hypothécaire sur les meubles, tant qu'ils restent en possession du débiteur (5), mais la coutume de Paris rejette entièrement l'hypothèque mobilière conventionnelle (6). Elle a donc rompu avec la tradition juridique romaine sur ce point.

Mais il n'en faudrait pas conclure qu'elle a écarté toute idée de revendication mobilière. Les créanciers eux-mêmes peuvent revendiquer les meubles de leur débiteur quand il les a donnés ou aliénés en fraude de leurs droits ; c'est une application de l'action révocatoire du droit romain (7). D'autre part, l'art. 171 apporte une exception directe à l'article précédent en admettant le droit de suite du bailleur impayé, comme prolongement de son privilège sur les meubles garnissant la chose louée (8). Et surtout le propriétaire d'un meuble qui n'en a plus la possession est muni, dans nombre de cas, de l'action en revendication. Les auteurs, sans doute, ne formulent pas à cet égard une règle géné-

(1) Art. 177.

(2) Je m'associe au vœu formulé par Viollet, p. 622.

(3) Brodeau, II, p. 406 ; Ferrière, II, p. 1168, n° 2.

(4) *Arrêts*, 21, 92-93 ; E. de Laurière, II, pp. 138-139 ; Brodeau, II, pp. 405-406 ; Ferrière, II, p. 1167 et s., qui considère comme inutile la clause des notaires stipulant obligation générale des meubles et des immeubles.

(5) Brodeau, II, p. 407, cite dans ce sens Bretagne, Anjou, Maine et Normandie.

(6) Dans le même sens : Dourdan, 57 ; Montfort l'Amaury, 71.

(7) E. de Laurière, II, p. 139 ; Ferrière, II, p. 1170, n° 9 ; *Arrêts*, 21, 92.

(8) Ce droit de suite sera étudié *infra*, à propos du privilège du bailleur.

rale, mais, jusqu'à Bourjon, il est clair qu'ils ne mettent pas en doute le principe du droit à la revendication du propriétaire dépossédé (1).

(1) D'ailleurs, la coutume contenait une application importante de ce principe en permettant au vendeur sans jour ni terme de suivre sa chose en cas de non paiement (2). Tous les auteurs fondaient cette décision sur ce fait que le vendeur impayé était resté propriétaire de la chose, selon la solution du droit romain (3); il devait donc être préféré à tout autre, même à un créancier gagiste, un créancier privilégié ou un acquéreur ultérieur. Brodeau ajoutait, moins justement peut-être, que le fait pour l'acheteur de revendre une chose qu'il n'avait pas payée constituait une sorte de vol justifiant une action même à l'encontre d'un possesseur de bonne foi. Le Parlement avait ainsi admis, en 1605, infirmant une sentence du Châtelet, que le vendeur sans jour ni terme de pièces de vin trouvées marquées chez l'acheteur serait préféré au bailleur de la maison invoquant son privilège (4). Il avait de même, en 1587, permis à un marchand de vin de suivre, chez un second acquéreur, des pièces vendues sans jour ni terme et restées impayées; le second acquéreur fut condamné à les rendre dans les quinze jours s'il ne préférait désintéresser le vendeur primitif; recours lui était réservé, bien entendu, contre son vendeur (5).

Mais si ces arrêts étaient bien conformes à l'art. 176, d'autres, rendus en sens différents, embarrassaient les commentateurs. L'arrêt de 1605, en préférant la revendication du vendeur impayé au privilège du bailleur, avait multiplié les revendications frauduleuses de faux marchands, et le Parlement avait déclaré, en 1620, malgré l'art. 176, que tous les meubles garnissant la chose étaient affectés au privilège du bailleur (6). D'autre part, en 1605, le Châtelet puis le Parlement avaient annulé la saisie faite dans les mains d'un second acquéreur, trois semaines

(1) La Cout. d'Etampes, art. 167, admet expressément le droit du propriétaire de revendiquer ou, le cas échéant, de faire exhiber sa chose mobilière.

(2) A. C., 194=N. C., 176.

(3) Du Moulin, *Notae solennes*, sur A. C., 194, renvoyait déjà au texte connu des *Institutes* de Justinien, 2, 1, *de rerum divisione*, 41; Laurière, II, pp. 145-148, qui cite surtout des romanistes; Brodeau, II, p. 427; Ferrière, II, p. 1321.

(4) Affaire citée notamment par Brodeau, II, p. 428.

(5) Brodeau, II, pp. 428-429; cet arrêt infirmait une décision du prévôt des marchands.

(6) Note de Le Camus, dans Ferrière, II, p. 1333 et s.

(1) H. Lévy-Bruhl, *Etude historique sur la revendication du Vendeur de meubles en matière de faillite*, extr. des *Ann. de droit commercial*, 1939, 32 p. (en ma possession)
[11.7.39]

après la vente, par le vendeur primitif impayé, de poutres portant sa marque (1). Les auteurs, embarrassés, cherchaient à concilier ces décisions contradictoires en limitant à un court délai le droit de revendication du vendeur impayé ; les tribunaux se réservaient sans doute le droit d'apprécier en fait si le vendeur, en négligeant trop longtemps d'agir, n'avait pas tacitement accordé un délai à son acquéreur, ce qui excluait la revendication. Déjà, en 1580, on avait proposé sans succès un délai maximum de huit à dix jours, conforme aux théories des romanistes (2) ; le lieutenant civil Le Camus accordait un mois et le Président de Lamoignon un an (3). Mais, en définitive, le Châtelet admit un délai bien plus court, le délai de huitaine ; il estima, au témoignage de Bourjon, qu'un plus long délai serait préjudiciable au commerce (4).

Ce délai était un délai maximum ; mais il fallait en outre, pour le succès de la revendication, que la chose vendue n'eût pas changé de forme : la marchandise devait se trouver encore *sous corde et balle* ; la pièce de drap *sous cape et queue* ; les fûts de liquides ne devaient pas avoir été mis en perce ; toute transformation de la chose, en vue de la vente au détail, excluait la revendication (5). Ces exigences, peu à peu élaborées en Châtelet, avaient été précisées par un acte de notoriété du 13 mai 1711 (6). Des difficultés de fait subsistaient en ce qui concerne les revendications de bois (7). Le Châtelet se montrait en somme très sévère, dans l'intérêt du commerce, pour admettre le droit de suite du vendeur impayé ; Bourjon l'approuve à cet égard, mais estime trop rigoureux d'avoir soumis aux mêmes conditions le simple droit de préférence du vendeur sur les marchandises restées en possession de l'acheteur (8).

Le droit de suite était formellement exclu par l'art. 177 en cas de vente à terme ; le vendeur n'avait dans cette hypothèse qu'un

(1) Cité par Ferrière, II, p. 1324, n° 13.

(2) Cf. *suprà* p. 110, n. 3 ; Laurière, II, p. 147, atteste que la pratique française ne suit pas la glose qui proposait un délai de dix jours.

(3) Le Camus, dans Ferrière, II, p. 1333 ; *Arrêtés*, 21, 95.

(4) *Droit commun*, II, p. 689, n° 78, d'accord sur ce point avec Duplessis ; le Code civil, art. 2102, n° 4, al. 2, a sans doute emprunté ce délai de huitaine à la pratique du Châtelet ; cf. Planiol, II, n° 1555.

(5) *Arrêtés*, 21, 97 ; Ferrière, II, p. 1327, n° 21 ; Le Camus, *ibidem*, p. 1343.

(6) *Actes de notoriété*, édit. Denisart, 1769, pp. 278-279.

(7) Denisart, *Collection de jurisprudence*, v° *revendication*, édit. de 1771, IV, p. 376.

(8) *Droit commun*, II, p. 690, nos 80-83.

droit de préférence dont il n'y a pas à s'occuper ici (1). Mais la jurisprudence permettait au vendeur impayé de recouvrer sa chose, en désintéressant le tiers possesseur de bonne foi ; ainsi, en 1587, le Châtelet puis le Parlement permirent au vendeur à terme d'une tapisserie mise en gage par l'acheteur, de la récupérer en remboursant les 300 écus prêtés par le créancier gagiste (2). Le Parlement admit même, en 1769, une revendication dans un cas de vente à crédit à un acheteur déjà en faillite ; il considéra qu'il y avait eu une véritable escroquerie, dont le vendeur avait été victime (3).

Il n'y a pas de doute, en effet, que le propriétaire d'une chose volée peut la revendiquer, même dans les mains d'un acquéreur de bonne foi ; le droit romain et la tradition coutumière sont d'accord à cet égard et, dans le silence de la coutume, Ferrière tire un argument *a fortiori* de l'art. 176 qui donne la revendication au vendeur impayé (4). Mais si la chose furtive a été, depuis le vol, vendue en foire, par un courtier public, ou par autorité de justice, les auteurs admettent que le succès de la revendication du propriétaire est subordonné à la restitution par ce dernier du prix et des loyaux coûts déboursés par l'acquéreur (5). Le souci de protéger le commerce de bonne foi est ici évident ; il l'emporte sur la considération des droits du propriétaire volé ; mais nous n'avons pas la preuve de l'adhésion de la jurisprudence à ces solutions doctrinales.

Nous possédons, par contre, de curieuses décisions dans l'hypothèse où le propriétaire, s'étant dessaisi volontairement de sa chose, en a été finalement privé dans des conditions constituant ce que nous appelons aujourd'hui l'abus de confiance. Un propriétaire confia un collier de perles à une revendeuse avec mis-

(1) Laurière, II, p. 148 ; disposition analogue à Orléans, N. C., 458.

(2) Brodeau, II, pp. 432-435 ; Ferrière, II, p. 1338, n° 4.

(3) Denisart, *loc. cit.*, p. 377.

(4) *Corps et compilation*, II, p. 1324, n° 14.

(5) Brodeau, II, p. 429, qui invoque l'autorité de Guy Coquille ; Ferrière, II, p. 1325, n°s 16-17 ; Brodeau, II, pp. 429-430, suivi par Ferrière, II, p. 1325, n° 18, estime que l'équité impose la même solution dans l'hypothèse du droit de suite exercé par le vendeur sans terme ; en ce sens, *Arrêts*, 21, 96. Denisart voudrait même étendre l'obligation de restituer le prix au cas où l'achat a eu lieu chez un marchand vendant des choses pareilles et dont les registres sont en règle : *Collection de jurisprudence*, v° vol, n° 17, t. IV, p. 875. Pothier, *Traité des cheptels*, n° 50, t. II, p. 650, rapporte même, d'après Soefve, un arrêt du Parlement du 9 déc. 1698, confirmant une sentence du Châtelet qui condamne le propriétaire d'un diamant volé à rendre à un orfèvre qui l'avait acheté de bonne foi, dans sa boutique, le prix qu'il avait payé. Pothier proteste vigoureusement contre ces solutions, au nom des principes, et même en cas d'achat dans les foires.

sion de le vendre ; elle le mit en gage chez un tiers ; le Parlement de Paris, en 1630, infirmant une sentence du Châtelet, admit la revendication, sauf recours du créancier-gagiste contre la revendeuse (1). En 1636, des pendants d'oreilles confiés à une revendeuse dans les mêmes conditions, furent mis en gage par elle chez un particulier qui les engagea, à son tour, à une tierce personne à qui il devait 2.000 livres ; le Parlement admit la revendication, mais confirma la décision du Châtelet imposant au propriétaire la restitution au créancier-gagiste des 2.000 livres qu'il avait prêtées (2). On n'aperçoit guère pourquoi deux solutions différentes furent données dans des hypothèses très voisines. Déjà, en 1609, le Parlement avait imposé au propriétaire l'obligation de désintéresser l'acquéreur de bonne foi du meuble dans un cas presque analogue, mais où il n'y avait pas eu abus de confiance de la part du dépositaire primitif : une revendeuse, chargée de vendre des pierreries, les avait effectivement vendues, mais était morte insolvable ; le propriétaire en obtint restitution, mais en remboursant à l'acheteur le prix payé (3).

Il se dégage tout au plus de cette jurisprudence un peu incertaine le souci de donner de la sécurité aux acheteurs de bonne foi même au détriment des propriétaires de meubles qui se sont montrés imprudents à choisir leurs dépositaires. Mais il n'y a pas trace encore, du moins au Parlement (4), d'une tendance à priver le propriétaire de son droit de suite. Et le Président de Lamignon ne paraît bien résumer, dans ses *Arrêtés*, la jurisprudence du XVII^e siècle ; il admet que celui qui a prêté ou déposé sa chose la peut revendiquer pendant trois ans entre les mains d'un détenteur quelconque, même de bonne foi ; mais si la chose ainsi prêtée ou déposée a été vendue par autorité de justice, par l'entremise d'un courtier, ou en plein marché, le propriétaire doit rembourser le prix ou les loyaux coûts (5).

(1) Brodeau, II, pp. 427-428, qui avait écrit pour l'appelant ; Ferrière, II, p. 1324, n° 15, justifie cette solution par le principe que les choses furtives ne tombent pas dans le commerce.

(2) Cité par Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 219, d'après le recueil d'arrêts de Bardet.

(3) Cité par Ferrière, II, p. 1325, n° 16, d'après Mornac. Ferrière approuve cette décision en considérant la bonne foi de l'acheteur ; mais il ajoute que, pour les choses de prix, les acheteurs devraient s'informer et que l'intérêt public n'est pas d'approuver facilement de telles ventes faites par les revendeuses.

(4) Je dis au Parlement car, dans plusieurs des espèces citées *suprà*, on doit remarquer la tendance très nette du Châtelet à refuser le droit de suite au propriétaire, même dans le cas de l'art. 176.

(5) *Arrêtés*, 21, 96 ; le remboursement du prix est aussi prévu à la charge

On cherche ainsi à protéger le commerce bien plus en imposant la restitution du prix qu'en entravant l'action en revendication. Mais il y a des controverses doctrinales en ce qui concerne la prescription des meubles ; les uns proposent trois ans, selon le droit romain ; d'autres, pour des raisons théoriques, préfèrent, dans le silence de la coutume, la prescription trentenaire, tout en reconnaissant que ce délai est bien long (1) ; Pothier, si lucide d'ordinaire, n'ose se prononcer ; il se borne à protester contre l'imprescriptibilité des choses furtives, règle romaine, mais qui n'est pas imposée par le droit naturel (2). On ne discerne pas la solution de la jurisprudence. La question du titre fait aussi difficulté ; on ne peut exiger un titre écrit, car il n'est pas d'usage de s'en procurer dans les ventes de meubles (3) ; mais, si l'on permet de prouver par témoins l'existence d'un titre d'acquisition, ne va-t-on pas à l'encontre du droit commun des preuves (4) ? Il faut bien reconnaître qu'ici le fait de la possession jouera un rôle décisif, sans qu'il soit besoin de prouver la prescription ; c'est la conclusion très sage et sans doute très pratique de Pothier ; on peut établir une présomption de propriété au profit du possesseur du meuble, sauf au vrai propriétaire à prouver l'acte accidentel qui l'a dépossédé (5).

La grande nouveauté des théories de Bourjon est d'avoir mis cette présomption en pleine lumière ; il proclame qu'en matière de meubles, la possession vaut titre de propriété (6) ; la sûreté du commerce postule l'existence de ce principe car, si l'on abandonne l'indication que fournit la possession, on ne peut que tomber

du vendeur sans terme ; il était admis aussi, comme je l'ai dit, pour les choses furtives ; en sorte que les achats en foire, ou par l'intermédiaire des courtiers, donnaient toute sécurité aux acheteurs de bonne foi.

(1) Brodeau, II, p. 170, n° 2, est partisan de la prescription par trois ans ; Tronçon, rapporté par Ferrière, II, p. 358, n° 4, affirme que le Parlement a jugé en ce sens ; les *Arrêts*, 29, 22, admettent la prescription par un an.

(2) *Traité de la prescription*, nos 199-204 ; édit. citée, IV, pp. 651-653.

(3) Ferrière, II, p. 358, n° 4 ; Pothier, *loc. cit.*, n° 205, p. 653.

(4) Cf. sur la question en général, Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 227 et s.

(5) *Comm. sur la cout. d'Orléans*, titre 14, art. préliminaire, édit. in-4° de 1780, p. 408 ; Jobbé-Duval, p. 229 et s., cite beaucoup d'autres textes dans le même sens ; on peut y ajouter le résumé que donne Denisart, *Actes de notoriété*, p. 431, d'un acte de notoriété du 7 mai 1720 qui ne dit d'ailleurs rien de tel : les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque à Paris, mais bien de privilèges ; et ils sont réputés appartenir à ceux qui les possèdent.

(6) Il a répété cette formule à plusieurs reprises et à propos de diverses questions : *Droit commun*, I, p. 145, n° 1 ; p. 458, à propos de la vente, où il déclare que la maxime dispense l'acquéreur de prouver son titre ; p. 1094, n° 1, à propos de la prescription, où il constate que la maxime admise au Châtelet, même pour une possession d'un jour, supprime la controverse doctrinale sur la prescription triennale ou trentenaire ; II, p. 109, n° 10, à propos du don manuel ; p. 692, n° 1 ; cf. Planol, I, n° 2470.

dans la confusion. La conséquence nécessaire d'un tel principe est qu'en thèse générale, *meubles n'ont pas de suite*; et Bourjon entend par là exclure, non seulement l'action des créanciers privilégiés, mais encore la revendication du propriétaire (1). C'est ainsi qu'un contrat de vente, même authentique, sans déplacement de possession, ne pourrait conférer à l'acquéreur un droit de revendication à l'encontre des créanciers du vendeur; la chambre civile du Châtelet juge ainsi pour éviter des fraudes trop faciles; les créanciers dont le débiteur est resté en possession sont de la sorte dispensés de prouver la fraude pour faire annuler l'aliénation qui leur porte préjudice. Il en serait autrement, toutefois, si l'acquéreur des meubles était un tapissier qui les aurait laissés en location au vendeur, par bail authentique et en les mentionnant sur ses registres, selon les usages de la profession; la combinaison est suspecte, mais le Châtelet la valide si le tapissier affirme la sincérité du bail (3). D'autre part, la possession requise du détenteur du meuble, pour lui valoir titre, doit être une possession juridique et non pas une simple possession de fait; ainsi le locataire d'une chambre meublée, malgré son pouvoir de fait sur les meubles qui la garnissent, n'en est pas présumé propriétaire (4). On pourrait rattacher à cette idée cette autre solution que Bourjon formule sans la justifier: le propriétaire d'un objet mis en dépôt ou donné en gage peut le revendiquer dans les mains du dépositaire ou du créancier-gagiste, à condition de prouver le dépôt ou le gage (5).

Mais le principe que les meubles ne sont pas sujets à suite comporte, Bourjon le reconnaît, un certain nombre d'exceptions. D'abord, le propriétaire peut revendiquer une chose volée, même à l'encontre d'un possesseur de bonne foi; mais il faut que le vol ait été dûment constaté par une information criminelle (6). Et même la revendication ne peut être exercée dans ce cas si l'acqué-

(1) *Droit commun*, I, p. 145; cf. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, pp. 235-236.

(2) *Ibidem*, I, p. 146, n° 11; II, p. 692, n° 2; la même solution était admise par Ferrière, II, p. 1171, n°s 14 et s.

(3) *Ibidem*, II, p. 692, n° 3.

(4) *Ibidem*, II, p. 693, n° 7; il peut aussi y avoir des difficultés de fait quand deux personnes vivent ensemble; cf. I, p. 146, n°s 15-17, et II, p. 693, n°s 8 et s., pour l'hypothèse délicate d'une séparation de biens.

(5) *Ibidem*, II, p. 695, n° 17; on peut expliquer de la même manière le droit de suite reconnu au tapissier propriétaire des meubles loués par contrat authentique et que Bourjon, I, p. 146, n° 13, et II, p. 692, n° 3, considère comme une exception formelle au principe qu'il a posé.

(6) *Ibidem*, I, p. 459, n° 3; p. 1094, n°s 2-3; faute d'information, le revendiquant se heurterait à une fin de non-recevoir et la possession déciderait.

reur a acheté la chose furtive d'un marchand ayant qualité pour la vendre ; le volé n'a d'action que contre le voleur et le marchand dont la qualité publique justifie cette responsabilité, de même qu'elle met l'acquéreur à l'abri de toute recherche (1). Bourjon atteste que ces très intéressants principes sont inviolablement gardés en Châtelet. L'idée générale est que les marchands, exerçant leur profession sous le contrôle de l'autorité publique, doivent connaître la provenance des marchandises qu'ils débitent et garantir entièrement les acquéreurs. Si le meuble a été acquis en foire ou au marché, le propriétaire volé l'obtiendra en remboursant le prix à l'acheteur ; il n'y a pas d'innovation sur ce point (2).

Le droit de suite du bailleur sur les meubles ayant garni la chose louée est une seconde exception au principe, justifiée par ce fait que l'enlèvement des meubles par le locataire est une espèce de vol ; il peut s'exercer, mais pendant un délai très bref, même à l'encontre d'un acquéreur de bonne foi (3) ; mais il n'embrasse pas les marchandises, même si le marchand faisait faillite peu après ; le Châtelet l'a ainsi jugé dans une affaire où Bourjon plaidait, et il n'y aurait aucune sécurité dans le commerce autrement. Bourjon estime d'ailleurs qu'une marchandise vendue par un marchand échappe à toute revendication, quelle qu'elle soit (4).

La troisième exception a été, comme la précédente, prévue par la coutume de Paris ; c'est le droit de suite du vendeur sans terme ; et, tel qu'il a été réglementé par la jurisprudence du Châtelet, il n'est certes pas de nature à gêner les transactions commerciales. Il en est de même de la dernière exception, qui permet de revendiquer un meuble déjà saisi et exécuté par main de justice et qui est imposée par d'évidentes considérations d'ordre public (5).

Ces exceptions, auxquelles il faudrait joindre le droit de revendiquer, dans un bref délai, les meubles perdus (6), laissent cependant une assez large sphère d'application au principe qu'en fait de meubles possession vaut titre. Si nous supposons, par exemple, que le dépositaire ou le créancier-gagiste a aliéné le meuble, la revendication du véritable propriétaire ne sera pas admise, parce

(1) *Droit commun*, I, p. 459, nos 5 et 6.

(2) *Ibidem*, n° 7.

(3) *Ibidem*, II, p. 687, nos 65-67.

(4) *Ibidem*, II, p. 694, nos 13-16.

(5) *Ibidem*, I, p. 145, nos 4 et 5 et n° 8.

(6) Cf. *suprà*, p. 95, n. 2.

que possession vaut titre et parce que la sûreté du commerce n'est pas compatible avec cette revendication (1).

La jurisprudence du Châtelet exclut la revendication, même si la vente émane d'une revendeuse. L'acheteur ne pourra pas davantage être inquiété si le dépositaire, chargé de vendre la chose à lui confiée, en a gardé le prix ; le propriétaire lui a fait confiance et cette situation est distinguée à juste titre de celle du vendeur sans jour ni terme qui, lui, n'a pas fait confiance à son acquéreur (2). Ces solutions, fondées sur le nouveau principe, sont très différentes de celles du xvii^e siècle ; on ne se contente pas, dans les cas les plus favorables, d'imposer au propriétaire revendiquant la restitution du prix ; on lui refuse toute revendication pour ne lui laisser qu'un recours illusoire contre le dépositaire ou le créancier-gagiste infidèle.

Bourjon ne nous fournit pas d'indications sur la situation voisine du bailleur à cheptel dont l'animal a été indûment aliéné par le preneur, situation qui a préoccupé Pothier, resté fidèle à l'esprit de la tradition romaine (3). Mais il applique expressément la maxime : *en fait de meubles, possession vaut titre*, au cas très pratique d'un donataire de deniers ou de meubles en vertu d'un don manuel ; en dehors de toute formalité, et par la simple tradition de la chose, il est ainsi mis à l'abri de toute répétition émanant du donateur ou de ses héritiers (4). Le souci croissant de protéger le libre commerce des meubles avait ainsi conduit insensiblement à un principe dont la généralité dépassait la préoccupation limitée qui l'avait fait naître et conduisait en réalité à une profonde modification de la théorie des preuves au profit du possesseur de meubles.

(1) Bourjon, II, p. 695, n° 18, qui déclare que cette jurisprudence a sa source dans l'art. 182 de la coutume ; en réalité, ce texte se borne à constater que le déposant n'est pas soumis à contribution quand la chose se trouve encore en nature chez le dépositaire ; dans le même sens, Valin, commentateur de la cout. de la Rochelle, cité par Jobbé-Duval, p. 234, n. 3.

(2) Bourjon, II, p. 695, nos 17, 19 et 21.

(3) *Traité des cheptels*, nos 40 et s., édit. citée, II, p. 646 et s. Pothier admet le droit de suite du propriétaire, selon les termes de certaines coutumes, comme celles du Berry et du Nivernais ; le bail à cheptel ne semble pas avoir été très usité dans la région parisienne ; Bourjon n'en parle pas. — Cf. sur cette question Jobbé-Duval, p. 233, qui signale aussi le cas voisin de l'artisan auquel un meuble a été confié pour le réparer.

(4) *Droit commun*, II, p. 109, n° 10 ; il déclare que la jurisprudence du Châtelet est dans ce sens ; ajoutez une sentence de ce tribunal, de 1777, citée d'après Merlin, par Jobbé-Duval, p. 232, n. 1 : le duc de la R... ne fut pas admis à revendiquer, à l'encontre d'un tiers, des tableaux provenant d'une actrice qui prétendait les avoir reçus du duc à titre de donation. La même idée était déjà admise au xvii^e siècle par Ricard, cité par Bourjon, *ibidem*, et par Planiol, I, n° 2470.

CHAPITRE VI

Les servitudes et règlements entre voisins

Les jurisconsultes ont très promptement adopté, en cette matière, les classifications romaines qui sont encore familières à la technique moderne ; ils considèrent les servitudes comme des droits incorporels, constitués sur la propriété d'autrui dans l'intérêt d'une personne ou d'un fonds (1). Il n'y a rien à dire en ce qui concerne l'usufruit pour lequel les principes romains ont été entièrement adoptés, sans que les textes parisiens permettent de savoir si ces principes se sont substitués à un concept bien différent de propriété *ad tempus* (2). Ces textes n'éclairent pas davantage la question des usages dans les bois et les terres vagues appartenant aux collectivités villageoises et auxquels les chartes font souvent allusion (3). Seules les servitudes réelles ou prédiales, et spécialement les servitudes urbaines, ont été l'objet d'une réglementation coutumière née spontanément, à Paris comme ailleurs, de la création d'une agglomération importante, dans un espace relativement restreint. Sans doute, à partir du XIII^e siècle et même un peu avant, quelques textes font allusion à ces servitudes (4) ; mais c'est seulement à la fin du XIV^e siècle que la cou-

(1) *Ordre de plaider*..., f^o 2 v^o et f^o 28, reproduit médiocrement par le *Gr. Cout.*, pp. 195-196 ; ces textes ajoutent aux catégories romaines la servitude de la personne à la personne qui existe en cas de servage ; le droit romain considérerait le droit du maître sur l'esclave comme un droit de propriété. — Ferrière, II, p. 1474 et s., atteste qu'on suit le droit romain pour tout ce qui n'était pas décidé par les coutumes.

(2) Cf. les textes cités *suprà*, p. 48, n. 9, à propos de la saisine, et, sur la question générale, Robert Caillemer dans *Festschrift f. H. Brunner*, p. 296 et s.

(3) *Cart. de la Roche*, nos 5 à 7 (début du XIII^e s.) ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 764 (1275).

(4) *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 20 (fin du XII^e siècle) : accord entre voisins au sujet d'une servitude d'écoulement des eaux pluviales et de l'utilisation d'un mur de clôture ; *ibidem*, n^o 289 (1228) : accord au sujet de vues, de gouttières et de murs communs ; *ibidem*, n^o 535 (1253) : mention d'un mur mitoyen à Paris ; *Arch. de l'H.-D.*, n^o 606 (1254) : deux voisins reconnaissent que les murs qui les séparent, à Paris, sont mitoyens.

Chartes de St. Martin des Champs, n^o 1010 (mars 1211)
Gui de Migneaux, chevalier reconnaît que c'est
par une pure tolérance des moines qu'il a un ti-
gnurum injunctum, pour appuyer son mur, dans
le mur du jardin des moines à Clamart et se dé-
clare prêt à l'enlever à leur demande [15.1.27]

tume se précise sur tous ces points, après une série d'enquêtes par turbes au Châtelet de Paris (1).

Ces enquêtes formeront toujours le fond de la réglementation parisienne en cette matière. C'est à elles que d'Ableiges empruntera la plupart des décisions de son chapitre *des veues et esgous des maisons*. Au xvi^e siècle, ce chapitre de d'Ableiges, allongé de quelques articles, aura la singulière fortune de passer pour un règlement officiel du Châtelet *touchant la massonnerie*, homologué, soi-disant, par une ordonnance royale de 1485 (2). Et c'est sous ce couvert qu'il passera, un peu abrégé, dans la coutume de 1580 qui combla utilement, à cet égard, les lacunes de celle de 1510 (3). En somme et jusqu'à la fin, toute cette question si pratique a été réglementée par des dispositions traditionnelles remontant, dans leur ensemble, à la seconde moitié du xiv^e siècle. Ces dispositions, précisées en leur origine pour l'agglomération parisienne, et constituant les *us et coutumes de la ville de Paris*, se sont peu à

(1) La plupart de ces coutumes figurent dans les *Cout. not.* ou les *Ps. décisions de des Marès* et seront citées en temps voulu ; le ms. fr. 18110, f^o 65 v^o, en contient quelques-unes sous le titre de *Coustumes des murs propres et mitoyens*.

(2) Ce texte a été reproduit dans l'édition Laboulaye et Dareste du *Gr. Cout.*, pp. 82-88, d'après les éditions gothiques de cet ouvrage, postérieures à 1536, et sans que les éditeurs se soient aperçus de l'identité de ce texte, sauf les quatre derniers paragraphes, avec le chapitre *des veues*..., pp. 355-360. Ce texte, dont l'intitulé même : *Extrait du Stille de Châtelet touchant la massonnerie*, prouve qu'il a été extrait de l'ouvrage de d'Ableiges, a dû être ajouté dans des éditions gothiques d'ordonnances à l'édit de mai 1485, concernant le Châtelet et publié notamment par Fontanon, I, p. 216 et s., et par *Ord.*, XIII, p. 88 et s. Cet édit ne contient rien, bien entendu, sur la maçonnerie ; mais les éditions gothiques ont trompé nos anciens auteurs qui, depuis Choppin, *de mor. Paris.*, I, 4, n^o 3 *in fine*, croient à une ordonnance de Charles VIII sur les servitudes de la ville de Paris : Brodeau, II, p. 497 ; Ferrière, II, p. 1579, n^o 1 ; p. 1669, n^o 13 ; Bourjon, *Droit commun*, II, p. 2. — Je n'ai pas eu le loisir d'étudier ces éditions gothiques : André Giffard, *Nouv. Rev. hist.*, 1906, p. 436, n. 2, en signale une de 1510 chez Eustace, et Desmaze, *Châtelet de Paris*, p. 274, semble dire qu'il en a vu une, avec cette disposition, donnée en 1533 par Galliot du Pré, l'éditeur du *Gr. Cout.* On s'expliquerait ainsi aisément que l'ord. de 1485, avec son appendice, ait passé dans les éditions du *Gr. Cout.*, à partir de 1536. — Dans un acte de 1542, publié par Coyecque, *Actes notariés*, n^o 1896, il est dit que les servitudes sont imprescriptibles *par l'usage et coutume de Paris, joinct le stille de maconnerye et esgoutz rédigé par escript et approuvé par justice*. Il est certain que ce texte vise notre *extrait du Style du Châtelet*, auquel on reconnaissait, au milieu du xvi^e siècle, à Paris, un caractère officiel. Cela explique peut-être l'insuffisance de l'ancienne coutume en notre matière.

(3) Le c. VI de l'A. C., identique, à quelques nuances près, au *Coutumier de Châtelet*, art. 60-71, est intitulé de même *des rapports de jurez*, bien qu'il contienne quelques articles relatifs aux servitudes ; cf. *Trav. prép. de l'A. C.*, p. 213. — La plupart des nombreux articles ajoutés en 1580 le furent par les commissions d'avocats au Châtelet et au Parlement qui arrêtaient le texte soumis aux États ; cf. ms. fr. 5281, f^{os} 37 v^o et s. ; ms. fr. 5282, f^{os} 16 et s. ; de même, une modification dans l'intitulé du titre, qui devint en définitive *des servitudes et rapports de jurez*, fut proposée de bonne heure : *Manuscrits de Simon Marion*, pp. 78-81.

peu étendues à la prévôté et vicomté, non sans quelques difficultés de détail (1).

Un développement aussi simple ne se prête guère à une étude historique. Il vaut mieux étudier méthodiquement les principales solutions coutumières, en rapprochant des servitudes proprement dites les questions de mitoyenneté, de clôture et d'indivision, que Bourjon a qualifiées ingénieusement de règlements entre voisins (2). Je me conformerai, d'autre part, à la méthode avérée des textes parisiens en y joignant l'indispensable sur la matière des rapports de jurés, rapports qui jouaient un rôle décisif dans la solution de problèmes très techniques.

§ 1. — ACQUISITION ET EXTINCTION DES SERVITUDES

Le Style des Maucreux admet encore, au début du ^{xiv}^e siècle, que les servitudes peuvent s'acquérir par prescription ; si la servitude est continue, comme la servitude d'égout, la prescription par dix ans suffira ; la possession immémoriale est, au contraire, exigée pour prescrire une servitude discontinue, comme la servitude de passage (3). Il est impossible de savoir si ces décisions sont conformes à la pratique parisienne contemporaine. Il est certain, en tout cas, qu'à la fin du ^{xiv}^e siècle, elle a adopté des solutions bien différentes. Nulle servitude ne peut être acquise par prescription sans titre, ce qui s'entend aussi bien d'une servitude proprement dite sur le fonds du voisin, que d'une installation anormale dans un mur mitoyen ou contre ce mur (4). Tout au plus y a-t-il quelque hésitation en ce qui concerne la prescription immémoriale (5).

Cette règle rigoureuse nous est présentée comme une cou-

(1) Le *Gr. Cout.*, pp. 355-360, ne parle guère que de la ville de Paris, sauf à étendre parfois aux faubourgs et à la banlieue ; spécialement, en ce qui concerne la règle de l'imprescriptibilité des servitudes, cf. ce qui est dit *infra*.

(2) *Droit commun*, II, p. 9 ; il appelle aussi ces règlements entre voisins des *servitudes légales*.

(3) Ms. fr. 19832, f^o 28.

(4) *Aliqua de stylo*, 4 : *Not. Points*, 56 = ms. fr. 18110, f^o 65 v^o ; *Cout. not.*, 8, 78, 156 (1371), 173 (1373) ; *Ps. des Marès*, 387 ; *Gr. Cout.*, p. 355 = p. 82, n^o 1 ; un libelle reproduit *ibidem*, p. 564, semble vouloir limiter l'imprescriptibilité aux choses cachées (cf. p. 88, n^o 19) et invoque le droit romain ; mais les textes cités visent les servitudes les plus diverses, apparentes ou non, et la glose du *Ps. des Marès*, 387 : *de alia servitude quid esset* ? n'est pas justifiée.

(5) *Aliqua de stylo*, 4, *in fine* ; cette glose n'existe pas dans le ms. des *Aliqua...* publié par A. Giffard, *Eudes de Sens et J. d'Ableiges*, p. 53 du tirage à part.

tume de la ville de Paris (1), sauf à être étendue par certains textes aux faubourgs et à la banlieue (2). A la fin du ^{xv}^e siècle, on se demande encore si elle doit être appliquée aux faubourgs (3). L'A. C. de 1510 trancha cette difficulté par l'affirmative et généralisa la solution admise pour la ville et les faubourgs (4). L'imprescriptibilité des servitudes quelles qu'elles soient, urbaines ou rurales, continues ou non, apparentes ou occultes, a pour but d'obvier radicalement aux inconvénients que pourraient entraîner les tolérances naturelles et même nécessaires entre voisins (5); à cet égard, la solution radicale de la coutume de Paris est considérée comme plus sage que les dispositions du droit romain (6). Adoptée par nombre de coutumes, au cours des rédactions ou réformations du ^{xvi}^e siècle, la doctrine admet qu'elle doit être entendue aux coutumes muettes (7).

Sous l'empire de l'A. C., qui n'était pas explicite, on hésita à repousser même la prescription immémoriale, qui était très différente de la prescription ordinaire; après quelques flottements (8), la jurisprudence se fixa en 1570 et la coutume réformée écarta explicitement, après elle, la prescription centenaire (9). C'était aller peut-être un peu loin, en partant d'une idée juste, et la pratique imposa certaines solutions qui corrigeaient la rigueur du système; si l'exercice de la servitude impliquait une incorporation ou inédfication au sol, comme une cave sous la maison du

(1) *Aliqua de stylo*, 4.

(2) Le ms. fr. n. a. 3555 du *Gr. Cout.*, f° 94 v°, ne parle que de la ville; le ms. fr. 10816, f° 218 v°, parle de la ville et des faubourgs; le texte des éditions gothiques, p. 355, a remanié les mss., sous l'influence sans doute de l'A. C.

(3) *Cout. de Châtelet*, nos 61 et 62.

(4) L'art. 80 ne parle que de la ville et des faubourgs, mais l'art. 87 généralise; cf. N. C., 186. — Mantes et Meulan, N. C., 94, admet l'imprescriptibilité dans les villes et faubourgs de Mantes et Meulan; ailleurs, le droit écrit s'applique; Sens, A. C., 74; N. C., 98; Lorris, A. C., 10, 1; N. C., 10, 1, et Orléans, A. C., 190; N. C., 225, admettent l'imprescriptibilité des servitudes de vue et d'égoût, ainsi que Blois, 230, qui l'étend aussi aux servitudes de pâturage et de passage. Normandie, 608, suit le système parisien. Par contre, Meaux, 75, admet la prescription, sauf s'il y a eu tolérance; Anjou, 450, exclut la prescription pour toutes les servitudes *de cité, aux bonnes villes*; mais les servitudes *rurales* se prescrivent par dix ans (aqueduc) ou trente (passage, pâturage, abreuvement): art. 449 et 454.

(5) Brodeau, *Cout. de Paris*, II, pp. 497-498. — La distinction des servitudes apparentes ou non n'est faite par Bourjon, II, p. 3, qu'à propos de la purge par décret.

(6) Bourjon, II, pp. 1-2.

(7) Ferrière, II, p. 1521, n° 9.

(8) Au témoignage de Pithou, rapporté par Brodeau, II, p. 497, il y aurait eu, sous l'A. C., deux arrêts contradictoires, l'un admettant et l'autre repoussant la prescription immémoriale.

(9) Art. 186; cf. Ferrière, II, p. 1517.

voisin, un aqueduc ou égoût maçonné traversant son fonds, la propriété du terrain nécessaire à la servitude était considérée comme prescrite par trente ans (1). On aboutissait ainsi, par un détour, à prémunir contre la disparition possible de son titre le titulaire d'une servitude qui n'avait pu être exercée en son principe sans arrangement formel avec le voisin (2).

Les servitudes ne pouvaient donc s'établir que par titre. Le titre parfait, c'est la convention avec le voisin, précisant la nature et les modalités d'exercice de la servitude ; mais il semble bien que si le titre est imprécis la prescription peut fixer l'assiette de la servitude (3). Le titre peut, d'ailleurs, être unilatéral. On exige, en principe, le titre constitutif de la servitude, mais la jurisprudence se contentait, au XVIII^e siècle, d'un titre énonciatif, accompagné d'une possession constante, ce qui était plus conforme aux intérêts de la pratique qu'aux principes (4).

D'autre part, lorsque le propriétaire de deux maisons vend l'une d'entre elles, l'acte doit préciser les servitudes constituées au profit de la maison aliénée ; une mention générale ne suffirait pas à cet égard et les servitudes dont bénéficierait la maison, dans ce cas, seraient ramenées aux us et coutumes de la ville de Paris, c'est-à-dire limitées au strict nécessaire pour son utilisation ou sa commodité. Cette règle, prouvée en turbe dès 1374 (5), atteste l'importance que l'on attachait, à Paris, à régler sur des bases fermes et précises les rapports entre voisins. Le propriétaire de deux maisons peut établir entre elles, pour sa commodité propre, certaines relations qui constitueraient des servitudes si ces deux maisons appartenaient à des propriétaires différents ; ces relations peuvent n'avoir qu'un caractère provisoire et, si ces deux maisons sont à nouveau séparées, ces relations disparaîtront normalement, à moins d'une convention expresse différente

(1) Ferrière, II, p. 1521, n° 10, adoptant l'opinion proposé par Du Moulin sur l'art. 230 de la Cout. de Blois ; Bourjon, II, p. 4, atteste que telle est la pratique du Châtelet et la justifie en disant que c'est plutôt propriété que possession.

(2) On sait que notre jurisprudence actuelle a adopté un expédient analogue pour obvier à l'imprescriptibilité des servitudes discontinues maintenue par le Code civil : Planiol, I, n° 2950.

(3) Cela résulte d'une décision du *Gr. Cout.*, p. 358 = p. 84, n° 12, qui conseille au voisin dont le titre est imprécis de faire préciser, par commission de justice, l'assiette de ses vues avant de procéder à la réfection d'un mur ruineux.

(4) Bourjon, t. II, p. 2, qui cite en ce sens un arrêt de 1758.

(5) *Cout. not.*, 174, reproduite par le *Gr. Cout.*, pp. 359-360 = p. 85, n° 15 ; cf. *Cout. not.*, 108, prouvée en 1369.

entre l'ancien et le nouveau propriétaire (1). Si l'on s'était contenté, pour les maintenir, d'une déclaration générale, il eût été très facile de tourner la règle de l'imprescriptibilité des servitudes dans les cas assez nombreux où les deux immeubles en rapport auraient appartenu, à un moment quelconque, à un propriétaire unique (2).

Mais il est difficile de concilier cette coutume de 1374 avec d'autres dispositions attestant que si le propriétaire de deux maisons fait servir l'une à l'autre, cette ordonnance vaut titre, sous réserve, toutefois, du droit des tiers (3). Il est clair que cette ordonnance ne peut valoir titre au cas où le propriétaire lui-même vend ou cède l'une des maisons, puisqu'une déclaration générale ne suffit pas et qu'il faut la désignation précise des servitudes constituées. Il faut limiter sans doute l'efficacité de cette ordonnance au cas où les deux maisons passent aux héritiers du propriétaire et sont partagées entre eux, sans que le partage contienne un règlement complet relatif aux servitudes ; on se référera tout naturellement, dans cette hypothèse, aux relations de fait établies par l'ancien propriétaire, en présumant légitimement chez les héritiers, et sauf déclaration contraire, l'intention de les maintenir. Une telle interprétation, outre sa vraisemblance interne (4), est rendue probable par ce fait que la coutume de 1510 qualifie cette ordonnance de disposition ou de destination du père de famille, en lui conservant sa vertu traditionnelle de valoir titre (5) ; ce terme, que je n'ai pas rencontré au *xiv^e* siècle, s'entend très simplement d'un règlement établi par le père de famille pour la commodité de ses héritages et qui continue à s'imposer à

(1) Les textes cités à la note précédente visent les relations les plus diverses : vues, égouts, privés, allée, cave construite sous l'une des maisons pour le service de l'autre.

(2) Dans le libelle cité par le *Gr. Cout.*, pp. 562-565, le défendeur, p. 564, invoque à la fois la prescription et ce qu'on appellera, plus tard, la destination du père de famille.

(3) *Cout. not.*, 80 (privés) ; 126, reproduite plus complètement par le ms. fr. 18110, f^o 66 v^o (décision générale).

(4) On ne peut chercher à concilier ces textes en distinguant les diverses catégories de servitudes ; la conciliation proposée apparaît donc comme la seule possible ; il faut observer cependant que *Cout. not.*, 108, parle de partage, ce qui doit s'entendre d'une séparation quelconque et non d'un partage entre héritiers.

(5) A. C., 91 ; cet art. ne figure pas dans le *Cout. de Châtelet*, loc. cit., p. 13, n. 1, mais il fut introduit sans observation dans le *Projet de 1507 : Trav. prép. de l'A. C.*, p. 213. — La distinction proposée au texte est faite expressément par la cout. de Normandie, art. 620-621, et moins nettement par Touraine, A. C., 19, 1 = N. C., 212 ; cf. Villequez, *De l'établissement des servitudes par la destination du père de famille*, *Revue hist. de droit*, 1859 p. 201.

ses enfants, sauf dispositions contraires dans l'acte de partage.

Mais il est probable que la pratique, au ^{xvi}^e siècle, donna à cette expression une portée bien plus large, d'autant que l'A. C. n'avait pas reproduit la solution de la turbe de 1374 qui la limitait si nettement ; pour les commentateurs de la coutume réformée, la destination du père de famille, c'est le règlement établi par le propriétaire de deux héritages, avant leur séparation, et que cette séparation résulte d'une aliénation par lui consentie de son vivant ou d'un partage après son décès. A entendre ainsi le texte de l'A. C., il n'était pas possible de le concilier avec la solution de 1374 qui reparaissait, dans la pratique parisienne, sous le couvert du *Style de massonnerie*, et ses inconvénients concrets devaient être évidents. On peut, dès lors, comprendre l'attitude des réformateurs en 1580. L'art. 215 reproduit, en l'abrégeant, la solution de 1374 ; quand un père de famille aliène une partie de ses héritages, il doit déclarer en détail les servitudes qu'il consent ou qu'il se réserve ; une constitution générale serait inefficace. Puis l'art. 216 modifie entièrement la signification traditionnelle de la destination du père de famille en exigeant, pour qu'elle vaille titre, qu'elle soit consignée par écrit (1).

Il existait, certes, un lien logique entre ces deux dispositions, et Bourjon remarque justement que l'exigence d'un écrit pour constater la destination du père de famille était une conséquence du principe interdisant les constitutions générales de servitudes (2). Mais c'était enlever toute signification à la destination du père de famille ; elle n'était plus un mode distinct de constitution des servitudes, découlant d'un état de fait établi par le père de famille ; elle n'était plus qu'une variété de la constitution par titre, au cas où les héritages en relation appartenaient à un même propriétaire. Les plus clairvoyants de nos anciens auteurs s'en apercevaient fort bien (3), mais appliquaient littéralement la disposition de la coutume, même au cas de partage entre enfants, c'est-à-dire dans l'hypothèse où il y avait vraiment, dans le sens de l'ancien droit, destination du père de famille (4). Des arrêts

(1) Ces deux articles apparaissent dans le premier *Projet* (ms. fr. 5281, f^o 41), en marge de l'art. 91 de l'A. C., sur lequel est faite l'observation suivante : *semble que cest article doit estre rayé pour avoir esté cy-devant diversément entendu et au lieu d'icellui, l'on pourra mettre ce qui s'ensuict* (*Manuscrits de Simon Marion*, p. 81, art. 215). Certaines coutumes, mais en petit nombre, avaient gardé le système de l'A. C. ; la plupart se rallièrent à celui de la N. C. ; bon dépouillement dans Villequez, *loc. cit.*

(2) *Droit commun*, II, p. 2.

(3) Ainsi Duplessis, cité par Bourjon, *ibidem*.

(4) Ferrière, II, p. 1767 et s.

écartèrent même, au xvii^e siècle, des servitudes fondées sur une destination sans écrit établie sous le régime de l'ancienne coutume (1). C'était aller à l'encontre des règles habituellement suivies en cas d'introduction d'une coutume nouvelle ; mais il est clair que la pratique parisienne est hantée par la crainte des usurpations ; à quoi bon établir l'imprescriptibilité des servitudes, s'il suffit, pour l'écarter, d'alléguer une destination du père de famille antérieure à la coutume de 1580 ? Toute servitude qui excède les usages de la ville de Paris doit être constatée par un titre. Le même principe semble guider la jurisprudence lorsque le fonds servant et le fonds dominant, d'abord réunis dans la même main, sont ensuite séparés ; la servitude, éteinte par consolidation, ne peut renaître sans titre (2). De telles exigences dépassaient sans doute les nécessités pratiques et certaines coutumes avaient pu garder, sans inconvénients, quelque place à la destination du père de famille. On n'admettait l'absence de titre qu'au cas où la destination réciproque des héritages séparés résultait nécessairement de l'état même des lieux : ainsi, quand une maison faisait saillie sur l'héritage voisin, la servitude de saillie résultait de la disposition des lieux ; de même, en cas d'enclave, le maintien de la servitude de passage sur l'héritage séparé s'imposait (3). Dans tous ces cas, on ne pouvait craindre d'empiétements clandestins, sous prétexte de destination. Mais ces exceptions mêmes prouvaient que le principe initial était trop rigoureux et l'on conçoit que les rédacteurs du Code civil, éclairés par l'expérience parisienne, aient redonné une certaine place à la destination du père de famille comme mode distinct de constitution des servitudes.

Le droit parisien, si strict en ce qui concerne la création des servitudes, admettait beaucoup plus facilement leur extinction. L'art. 186 de la N. C. stipulait expressément, pour la première fois (4), que la liberté pouvait s'acquérir contre un titre de servitude par trente ans, aux conditions ordinaires de la prescription, c'est-à-dire entre majeurs et non privilégiés. Mais ce texte, trop sommaire, ne résolvait pas la question essentielle du point de départ des trente ans ; couraient-ils du dernier acte d'usage de

(1) Bourjon, *ibidem* : arrêts de 1674 et de 1684.

(2) Cf. à cet égard les explications peu claires de Ferrière, II, p. 1759, n° 9, et p. 1761, n° 3.

(3) Ferrière, II, p. 1770, n° 7, et p. 1771, nos 2 et s.

(4) La finale de l'art. 186 apparaît dans le premier *Projet : Manuscrits de Simon Marion*, p. 78.

la part du titulaire de la servitude, ou fallait-il un acte positif de la part du propriétaire du fonds servant créant un obstacle à l'exercice de la servitude? Les controverses classiques du droit romain sur cette question se prolongeaient entre les commentateurs de la coutume (1). Au témoignage de Bourjon, la pratique adopta une distinction : les servitudes dont l'usage est continuuel s'éteignaient par trente ans, à dater du dernier acte d'exercice ; pour celles dont l'usage n'est pas continuuel, comme la servitude *altius non tollendi* ou le droit d'ouvrir des vues, la prescription libératoire ne commence qu'avec une possession contraire au titre de la servitude (2).

(1) § 2. — LES SERVITUDES AUX US ET COUTUMES DE PARIS
LA MITOYENNETÉ ET LES RÈGLEMENTS ENTRE VOISINS

Le désir d'utiliser, dans les meilleures conditions possibles, les emplacements restreints qu'offraient les villes au moyen-âge, conduisit à admettre entre voisins, en dehors de toute convention particulière, certains rapports réciproques de servitudes. Ces rapports, considérés comme raisonnables et normaux, furent déterminés par des usages locaux ; ils ne pouvaient être aggravés au détriment d'un des voisins qu'en vertu d'un titre formel et, faute de titre, ils étaient ramenés *aux us et coutumes de la ville de Paris* (3). Ces rapports concernaient l'écoulement des eaux pluviales et ménagères et l'ouverture des vues ; nous sommes peu renseignés sur les servitudes de gouttières et d'égoûts auxquelles les textes se bornent à faire allusion (4) ; il est probable que l'on n'admettait pas l'écoulement direct des eaux des toits sur le terrain du voisin, ces eaux devant être recueillies par des gouttières s'épanchant sur la rue ; de même, les égoûts pour les eaux ménagères ne pouvaient sans doute emprunter le fonds du voisin qu'en cas d'enclave (5).

(1) Ferrière, II, p. 1525 et s.

(2) Bourjon, II, p. 3.

(3) *Cout. not.*, 8, 174 ; *Gr. Cout.*, p. 359 = p. 85, n° 15 ; p. 562, libelle tendant à faire boucher certaines vues ou, tout au moins, à les ramener *aux us et coutumes de la ville de Paris*.

(4) On peut voir à cet égard (A. N., X^{1c} 17, n° 85), un accord du 13 mars 1367 entre le chapitre et les écoliers de Saint-Honoré au sujet de vues, d'égoûts et d'une cour commune ; cf. *Sent. du Châtelet*, n° 111 (23 mars 1407) : accord au sujet des vues et égoûts entre deux voisins. Cf. *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 289 (1228) : les chanoines de Vernon ne pourront ouvrir de fenêtres du côté des moines et réciproquement ; les gouttières de chaque maison ne s'écouleront pas sur le voisin.

(5) Cf. Beaumanoir, n° 707.

(1) R. Filhol, *Ann. de Thion*, 1937, p. 184, montre que le style de magnanimité du Châtelet a eu de l'influence sur cert. coutumes rédigées, sans doute grâce à l'action du P. P.
[21.2.39]

Nous sommes mieux renseignés en ce qui concerne les vues. Au ^{xiv}^e siècle, on admet sans restriction, semble-t-il, que le propriétaire d'une maison peut ouvrir des fenêtres dans son pignon ou dans son mur, pourvu que la vue donne droit sur son propre terrain (1); mais la N. C., adoptant sans doute des usages anciens, distingue les vues droites et les vues obliques (2). Le propriétaire peut ouvrir des vues droites sur la rue ou sur son propre terrain, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il y ait une distance minima de six pieds entre son mur et l'héritage du voisin; les vues obliques ne peuvent être ouvertes qu'à deux pieds de la limite séparative des héritages ou du milieu du mur mitoyen, s'il en existe un. La pratique du Châtelet permettait toutefois des vues sur les toits si l'on ne voyait pas à plomb sur l'héritage du voisin; d'autre part, elle n'étendait pas ce règlement à la campagne quand le terrain voisin n'était pas clos; mais, si son propriétaire le faisait clore, les vues devaient être bouchées ou ramenées aux règles (3).

Si le mur est à la limite même des deux héritages, son propriétaire n'y peut percer que des vues restreintes dites *aux us et coutumes de Paris*; il en est question dès le ^{xiv}^e siècle et les textes nous apprennent qu'elles étaient à verre dormant, c'est-à-dire constituées par une menuiserie non susceptible de s'ouvrir ou recouvertes d'un treillis de fer (4). Dans la suite, on exigea à la fois le fer maillé et le verre dormant, dont l'art. 201 de la N. C. donna une définition précise; il était stipulé, en outre, qu'au rez-de-chaussée, ces vues devaient se trouver au moins à neuf pieds du niveau du sol et, aux étages, à sept pieds (5).

Ces vues ne pouvaient être ouvertes que dans un mur privatif (6); mais, à Paris, le voisin pouvait toujours acquérir la mitoyenneté d'un mur privatif. Cette acquisition suffisait-elle pour obliger le propriétaire de la maison à boucher ses vues? Certains auteurs exigeaient en outre, du voisin, une construction ou édification le long de ce mur devenu mitoyen; seul, en effet,

(1) Ms. fr. 18110, f^o 70, deux coutumes insérées sous la rubrique *Autres coutumes*, et que je n'ai pas retrouvées dans les autres recueils publiés. — Beaumanoir, n^o 708, interdit les vues directes sur le voisin.

(2) Art. 202, introduit par le premier *Projet*, *Manuscrits de Simon Marion*, p. 80.

(3) Tous ces détails sont donnés par Bourjon, II, pp. 27-28.

(4) Accord de 1367, cité *suprà*, p. 128, n. 4; *Sent. du Châtelet*, n^o 111; *Gr. Cout.*, pp. 355-356 = p. 82, n^o 3; p. 562.

(5) N. C., 200, dont la source est presque certainement, par l'intermédiaire du *Style de maçonnerie*, *Gr. Cout.*, pp. 355-356.

(6) Je dirai *infra* qu'aucune vue ne pouvait être ouverte dans le mur mitoyen sans l'agrément du voisin.

Tous ces principes sont supposés dans un rapport de
maçons et charpentiers jurés du 29 avr. 1371 pour la commun-
auté du Temple à Paris, publié par Fagniez, *Études s^{ur} le*
commerce et l'industrie, t. 39 [3.1.34]

l'intérêt de la propriété bâtie semblait devoir justifier le sacrifice de ces vues (1). Mais la jurisprudence restait incertaine sur cette question (2).

Elle n'était d'ailleurs pas très pratique, du moins à Paris, où très peu de murs étaient privatifs, sauf dans les propriétés du roi, des seigneurs et des autres privilégiés (3). La mitoyenneté était le régime normal des murs séparatifs. Elle apparaît de bonne heure, tout naturellement suggérée, entre voisins, par des considérations de commodité et d'économie; il est probable que des arrangements contractuels intervinrent tout d'abord (4), et peu à peu se dégagèrent une coutume inspirée surtout par des raisons d'intérêt général, à une époque où la propriété commune était familière à tous les esprits.

La mitoyenneté n'est pas autre chose, en effet, qu'une propriété commune portant sur un mur ou une clôture quelconque et sur le sol qui les supporte (5). La mise en commun de ce mur entraîne pour les propriétaires de maisons voisines des économies d'argent et de terrain; et la combinaison paraît si avantageuse que la coutume n'hésite pas à l'imposer; dès le ^{xiv}^e siècle, le propriétaire d'un mur privatif est tenu d'en céder la mitoyenneté à son voisin, contre paiement de la moitié du juste prix de ce mur, évalué, faute d'accord amiable, par les jurés-maçons (6). La coutume de 1580 précisa que l'indemnité devait être réglée antérieurement à toute construction et qu'elle devait comprendre la valeur du terrain et celle du mur jusqu'à l'héberge, c'est-à-dire jusqu'à la hauteur de la construction adossée au mur (7). D'autre

(1) Le Camus, *apud* Ferrière, II, p. 1649, déclare qu'il a lui-même jugé en ce sens en 1635.

(2) Ferrière, II, p. 1664, nos 8 et s.

(3) Au témoignage d'un juriste anonyme dans Ferrière, II, p. 1668, n° 10.

(4) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 20 (1160-1196): accord entre les moines et une voisine au sujet des *stillicidia*; le texte continue ainsi: *si voluerit sepefata H. domum edificare iuxta murum monachorum. poterit libere, tamen absque omnimodo muri detrimento*; *ibidem*, n° 289 (1228): les chanoines de Vernon et les moines conviennent que les murs du pourpris seront communs; *ibidem*, n° 535 (1253): vente d'une maison, à Paris, dont les murs sont *medietarii*; *Arch. de l'H.-D.*, n° 606 (1254): deux voisins déclarent, devant l'officiel, que les murs qui les séparent sont *medietarii et communes* et qu'eux ou leurs héritiers pourront construire sur ces murs *tamquam super muros medietarios*; — Beaumanoir, n° 106, atteste, dans les villes, l'usage du mur mitoyen.

(5) Le *Gr. Cout.*, p. 355 et s., appelle les murs mitoyens *moitoyens ou parçonniers*; le ms. fr. 18110, f° 65 v°, donne des *coustumes des murs propres et communs*; nous avons relevé déjà l'expression latine *medietarii*.

(6) *Gr. Cout.*, p. 356 = p. 83, n° 4.

(7) Art. 212, qui apparaît dans le second *Projet*, *Manuscrits de Simon Marion*, p. 80.

Ex. cependant d'un mur privatif auquel les experts disaient le
rien bouter ni attacher. Texte de 1371 cite d'la p. précédente
[3.1.34]

part, il semble bien que la jurisprudence n'admet la cession forcée de la mitoyenneté que si le voisin construit effectivement contre le mur ; il ne pourrait l'obtenir pour quelque fantaisie de décoration (1) ; seul, l'intérêt de la propriété bâtie justifie cette sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée.

Les conditions d'exercice de cette propriété commune ou indivise ont été minutieusement précisées par la coutume. Il est tout simple, d'abord, que les réparations au mur mitoyen soient effectuées à frais communs ; mais, si l'un des communautaires ne peut ou ne veut y contribuer, il peut, sauf à racheter plus tard la mitoyenneté en payant la quote-part des dépenses, délaisser ses droits à son voisin, qui deviendra propriétaire privatif du mur réparé à ses frais (2). Au ^{xvi}^e siècle, la possibilité de délaissement n'était admise qu'en dehors des villes et faubourgs, et au cas où le mur mitoyen servait de clôture entre cours ou jardins (3). Mais si le mur supportait des bâtiments, les réparations devaient être faites à frais communs, chacun contribuant à proportion de son héberge.

D'une façon générale, il était interdit à l'un des co-propriétaires de toucher au mur mitoyen sans avoir, au préalable, notifié ses intentions à son voisin (4). Aucune vue n'y peut être installée, même à verre dormant, sans son assentiment exprès (5) ; plus généralement, aucun des communautaires ne peut y avoir une prérogative quelconque au détriment de l'autre, comme cheminées, placards ou privés ; toute installation de ce genre, en dehors d'une convention formelle, se heurterait à la règle de l'imprescriptibilité des servitudes et le voisin pourrait toujours en obtenir la destruction (6).

Mais chacun des voisins peut utiliser le mur d'une manière normale et raisonnable. C'est ainsi qu'il le peut percer pour y

(1) Arrêt de 1635, cité par Le Camus dans Ferrière, II, p. 1619. — Le *Gr. Cout.*, p. 356, ne prévoit l'acquisition de la mitoyenneté qu'en vue d'une construction sur le mur.

(2) *Sent. du Châtelet*, n° 112 (10 mai 1396) ; A. C., 86=N. C., 205. Le premier *Projet, Manuscrits de Simon Marion*, p. 80, imposait la reconstruction du mur, notamment quand il avait une pente de deux pouces par toise de hauteur ; mais on préféra sans doute s'en rapporter aux experts et cet article disparut.

(3) N. C., 210-211, introduits par le premier *Projet, Manuscrits de Simon Marion*, p. 80 ; cf. Ferrière, II, p. 1731, n° 2.

(4) N. C., 203, introduit par le premier *Projet, ibidem*, p. 80.

(5) *Cout. not.*, 156 (1371) ; ms. fr. 18110, f° 70 ; *Gr. Cout.*, pp. 357-358 = p. 84, n° 11, N. C., 199.

(6) *Cout. not.*, 156 (1371) ; ms. fr. 18110, f° 66, reproduit par *Gr. Cout.*, pp. 358-359 = p. 85, n°s 13-14 ; A. N., X^{1a} 11, f° 231 (1348), pour des privés.

appuyer les solives ou les poutres qui supporteront sa construction ; on admet qu'il dépasse le milieu géométrique du mur, à moins que sa poutre ne soit fichée au même endroit que celle du voisin ; la mitoyenneté ne saurait s'entendre d'un partage mathématique du mur ; c'est une communauté de jouissance ; chacun des voisins installera donc ses poutres à l'aise, en perçant le mur *tout oultre*, sauf à le rétablir après (1). Ces solutions rationnelles prévalurent dans la pratique, à l'encontre même des termes plus restrictifs des coutumes rédigées (2) ; mais on devait prendre des mesures appropriées pour ne pas compromettre la solidité du mur par une charge excessive ; des corbeaux de pierre de taille ou, au besoin, des piliers de renfort partant du sol ferme devaient soutenir les grosses poutres (3).

Les mêmes précautions techniques s'imposaient lorsque l'un des voisins voulait exhausser le mur mitoyen pour y appuyer des constructions nouvelles ; très souvent le mur de dix pieds, suffisant pour une clôture, n'avait pas assez de solidité pour supporter une construction ; dans ce cas, le constructeur devait assumer toutes les dépenses nécessitées par la reconstruction ou le renforcement du mur, en prenant de son côté le terrain indispensable (4). Si le mur mitoyen pouvait supporter l'exhaussement, le voisin devait payer seulement ce que l'on appelait les charges, c'est-à-dire une indemnité compensatrice au co-propriétaire du mur ; la coutume évaluait les charges au sixième du prix de la maçonnerie édiflée sur le mur, au-dessus des dix pieds de hauteur qu'il comportait normalement (5).

L'expérience acquise dans l'art de bâtir suggéra de même une série de prescriptions minutieuses quand on adossait au mur mitoyen certains ouvrages dangereux ; on trouve déjà ces pres-

(1) *Arch. de l'H.-D.*, n° 606 (1254) ; *Gr. Cout.*, pp. 356-357 = p. 83 ; une décision contraire est cependant donnée par le ms. fr. 18110, f° 66, et par *Cout. not.*, 77.

(2) A. C., 85 = N. C., 204, permettent sans restriction au voisin de percer ou démolir le mur pour les nécessités de la construction qu'il entreprend ; A. C., 88 = N. C., 206, interdisent de loger des poutres dans un mur privatif ; A. C., 90 = N. C., 208, ne permettent de percer le mur mitoyen, pour y loger des poutres, que jusqu'à la moitié de son épaisseur. Mais Laurière, I, p. 180, atteste que l'art. 208 n'est pas pratiqué ; Bourjon, II, p. 24, déclare que l'art. 208 est suivi par les experts seulement s'il y a deux poutres opposées au même endroit du mur, ou si la poutre porte contre l'adossement d'une cheminée ; mais il reconnaît qu'il n'existe pas d'arrêt formel en ce sens.

(3) *Gr. Cout.*, loc. cit. ; A. C., 89-90 = N. C., 207-208.

(4) A. C., 82 = N. C., 195.

(5) N. C., 196-197 ; ces art. apparaissent dans le premier *Projet*, mais les charges, d'abord évaluées au dixième, le furent au sixième par le second *Projet*, *Manuscrits de Simon Marion*, p. 79.

criptions au xiv^e siècle et elles furent imposées presque dans les mêmes termes par la coutume réformée. Si l'on veut édifier une cheminée le long d'un mur mitoyen, on doit faire un contre-mur de tuiles d'un demi-pied d'épaisseur et de la hauteur *accoustumée entre les maçons*, pour éviter les inconvénients de la chaleur (1). S'il s'agit d'un four de boulanger, une coutume prouvée en turbe, en 1373, exige qu'on laisse entre les constructions du four et le mur mitoyen une ruelle d'un demi-pied de largeur ou contre-mur suffisant (2); ces prescriptions furent étendues expressément, en 1580, à la construction des forges ou fourneaux (3). Si une étable est adossée au mur mitoyen, un contre-mur d'un demi-pied d'épaisseur, depuis le sol jusqu'à la mangeoire, doit protéger le mur mitoyen (4); s'il s'agit de privés, le contre-mur doit avoir un pied, et des précautions spéciales sont prises lorsqu'il y a un puits dans le voisinage ou lorsque deux puits ont été creusés l'un près de l'autre (5). Dans le même souci de protéger le mur, on défend, depuis le xiv^e siècle, de labourer jusqu'au pied du mur mitoyen, pour n'en pas compromettre les assises, à moins d'élever un contre-mur; il est interdit également d'accumuler le long du mur, sans la même précaution, des terres rapportées, dites *terres jectices* (6). Une série d'arrêts, de 1639 à 1650, tinrent la main à l'observation de cette dernière règle lors de la construction de la place Royale sur un sol rehaussé, et lors du relèvement de la rue Montmartre et de l'ouverture des rues de Cléry et de Saint-Eustache (7). On admettait plus aisément en pratique, malgré la lettre de la coutume, un léger labour le long du mur mitoyen, dans l'intérêt des espaliers qui s'y trouvaient souvent (8).

(1) *Gr. Cout.*, p. 357 = p. 83, n° 6; N. C., 189; ce texte, ainsi que les suivants, fut introduit par le premier *Projet*, *ibidem*; les rédacteurs de ce texte devaient avoir sous les yeux le *Style de massonnerie*, qu'ils considéraient comme une ordonnance royale de 1485.

(2) *Cout. not.*, 172; *Gr. Cout.*, p. 359.

(3) N. C., 190.

(4) *Gr. Cout.*, p. 357 = p. 84, n° 7; N. C., 188.

(5) *Gr. Cout.*, p. 357 = p. 84, n° 8, qui ne s'occupe que des privés; N. C., 191, qui s'occupe aussi des puits; précisions techniques dans Bourjon, II, p. 16, d'après la jurisprudence du Châtelet, basée sur les rapports d'experts. Précautions analogues dans les coutumes suivantes: Meaux, 73 (four, privés, puits); Sens, A. C., 80; N. C., 105.106 (four et privés); Touraine, A. C., 19, 2; N. C., 213 (privés); Anjou, 452 (privés); Blois, 235-236 (four et privés); Lorris, A. C., 10, 6-7; N. C., 10, 6.7; Orléans, A. C., 197.199; N. C., 243.247 (four et privés); Normandie, 614-615 (four, privés et puits).

(6) *Gr. Cout.*, p. 357 = p. 84, nos 9 et 10; N. C., 192; cf. Meaux, 74.

(7) Ferrière, II, p. 1607, nos 10 et s.

(8) Bourjon, II, p. 18.

// Le contre-mur pour un privé est exigé par un rapport d'experts du 29 avril 1371 pour la commanderie du temple à Paris, publié par Fagniez, *Études s/ le commerce et l'industrie à Paris*, n° 39 [3.1.36]

Le régime des murs mitoyens est ainsi nettement défini ; mais il est parfois difficile de savoir si l'on est en présence d'un mur privatif ou d'un mur mitoyen. Il faut se référer tout d'abord aux titres dont les indications prévalent ; mais, faute de titre, il existe des signes extérieurs permettant de conclure à la mitoyenneté ; ainsi, le mur est considéré comme mitoyen si, des deux côtés, il est appuyé de jambes en pierres de taille, ou de parements, ou filets de même nature (1). La N. C., art. 214, parle encore de ces filets de pierres, mais les auteurs attestent qu'en pratique on usait plutôt de filets de plâtre ; de même, le mur mitoyen était chaperonné de deux côtés ; s'il n'y avait de filets ou de chaperon que d'un côté, le mur était considéré comme privatif, le tout sauf preuve contraire (2). D'autre part, il y a présomption de mitoyenneté pour tout gros mur séparant deux maisons et pour tout mur séparant cour et jardin ; s'il n'y a de construction que d'un côté du mur, il est présumé mitoyen jusqu'à hauteur de clôture seulement ; enfin la présomption cesse, en dehors des villes et faubourgs, en même temps que cesse l'obligation de se clore (3).

Dans les villes et faubourgs, en effet, chaque propriétaire peut obliger son voisin à élever, à frais communs, un mur de clôture de dix pieds ; en dehors des villes et faubourgs, les voisins ne sont tenus qu'à l'entretien des clôtures existantes, et encore l'un d'entre eux peut s'en affranchir en délaissant la clôture et le terrain, sauf à en réacquérir plus tard la mitoyenneté (4). Les mêmes règles sont appliquées aux fossés, auxquels la doctrine étend aussi la présomption de mitoyenneté, à moins que le rejet de la terre n'ait été fait que d'un seul côté (5). Aux environs de Paris, l'usage est de planter des haies vives de tous plants à trois pieds

(1) *Gr. Cout., Style de massonnerie*, pp. 86-87, nos 16 et 18 ; ces textes, pas plus que le n° 17, qui décide que les cloisons séparatives doivent être élevées à plomb sur le milieu du mur mitoyen, ne se trouvent dans le liv. 2, c. 38, p. 355 et s. Ils ont dû être ajoutés, à la fin du xv^e siècle, au *Style de massonnerie* extrait de J. d'Ableiges. Il en est ainsi du n° 19 qui répète, avec des nuances, le principe de l'imprescriptibilité des servitudes.

(2) Ferrière, II, p. 1749, nos 1-2 ; Le Camus, *ibidem*, p. 1753, propose de compléter l'art. 214 en mentionnant les chaperons. — Bourjon, II, p. 20, déclare qu'il a été jugé au présidial, lui plaidant, que ces signes cèdent à un titre contraire.

(3) N. C., 211 ; les précisions données au texte résument l'usage du Châtelet d'après Bourjon, II, pp. 19, 23, 25. — Cependant, d'après Ferrière, II, p. 1731, n° 2, la plupart des commentateurs estiment que la présomption de mitoyenneté établie par cet article est générale.

(4) N. C., 209-210.212, introduits par le premier *Projet, Manuscrits de Simon Marion*, p. 80. cf. Bourjon, II, p. 13. — Il a été indiqué *suprà*, p. 131, n° 3, que la possibilité de renoncer à la copropriété du mur de clôture n'était pas admise dans les villes et faubourgs.

(5) N. C., 213 ; Bourjon, II, p. 19.

de la ligne séparative des héritages ; les grands arbres doivent être plantés à cinq ou six pieds, au moins à la campagne, car, à Paris et dans les faubourgs, on plante au plus près du mur, sur tout s'il est mitoyen (1).

La coutume réglementait seulement l'usage des murs mitoyens (2) ; en ce qui concerne les cours, fosses et puisards communs, on rencontre seulement quelques usages locaux (3). Il n'y a pas à insister davantage sur les prescriptions d'hygiène concernant les fosses ou les cloaques ; ce sont des mesures de police inscrites assez singulièrement dans la coutume (4).

§ 3. — RAPPORTS DE JURÉS ET CAS DE PÉRIL

Les questions de servitudes et de mitoyenneté donnaient lieu à de nombreux procès ; ils s'intentaient, au moyen-âge, sous des formes diverses. On recourait souvent, semble-t-il, à la plainte en cas de saisine et de nouvelleté, lorsque l'un des voisins, en prétendant exercer une servitude, modifiait une situation de fait, ou lorsqu'il était troublé dans l'exercice paisible d'une servitude ancienne (5) ; la dénonciation de nouvel œuvre pouvait aussi être employée, lorsqu'un ouvrage nouveau entravait une servitude existante ou manifestait la prétention d'en exercer une (6) ; il est fait mention aussi, dans certains textes, d'une action qualifiée de *cas d'héritage et de péril* où la question de la servitude était examinée au fond (7).

(1) Ferrière, II, p. 1746, nos 5 et s. ; Bourjon, II, p. 11.

(2) Les gouttières communes devaient être réparées à frais communs : *Sent. du Châtelet*, n° 113 (19 déc. 1398).

(3) Bourjon, II, p. 17, note que le voisin du côté duquel se vidait une fosse ou un puisard commun ne payait, en compensation, qu'un tiers de la dépense.

(4) N. C., 193 : nécessité pour toute maison, à Paris, d'avoir des privés ; d'après Bourjon, II, pp. 18-19, les locataires, les voisins, les officiers de police pouvaient agir contre le propriétaire en défaut. N. C., 217 : réglementation des fossés à eau et des cloaques ; art. 218, interdiction d'avoir, à Paris, une entreprise de vidange. — Ferrière, II, pp. 1813-1830, donne le texte de plusieurs ordonnances ou règlements concernant l'hygiène à Paris ; pp. 1793-1813, à propos de N. C., 219, sur le toisage du crépi, il donne divers traités d'experts sur la façon de prendre les alignements et sur le toisage aux us et coutumes de Paris et le toisage du bout-avant.

(5) *Gr. Cout.*, pp. 500-504 ; p. 562 et s. ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 88 v° (à propos d'une servitude de puisage ; *Sent. du Châtelet*, n° 101 (2 juillet 1399)).

(6) Cf. *suprà* p. 64. On ne voit pas de quelle manière fut intenté le procès relaté A. N., X^{1a} 6, f° 230 v° (23 mai 1332) = Furgeot, n° 550 : un bourgeois de Paris demande et obtient la destruction d'une loge qui occupait une ruelle commune et entravait les gouttières et les égouts.

(7) *Gr. Cout.*, p. 563 ; A. N., X^{1c} 89^a, n° 185 (30 mars 1405), pour un mur mitoyen.

Quelle que fût la procédure suivie, le juge devait recourir à des experts pour visiter les lieux et examiner la difficulté à l'aide des usages reçus en ces matières très techniques. Il est fait mention de ces experts dès le début du ^{xiv}^e siècle (1) ; c'était des maçons ou charpentiers particulièrement habiles dans leur art et qui semblent avoir formé un groupement privilégié, en ce sens que les tribunaux recouraient plus volontiers à leurs lumières ; ils sont qualifiés de *maçons ou charpentiers jurés* et ils sont employés par le Parlement comme par le Châtelet (2) ; ils jouent un rôle important dans les turbes chargées de préciser les coutumes concernant la propriété urbaine (3). A côté des jurés ordinaires, on rencontre, dans les textes de la même époque, les bacheliers-jurés de la ville de Paris, qui constituent un corps d'élite chargé de réviser, le cas échéant, les rapports des jurés (4). Les parties mécontentes, ou l'une d'elles, peuvent réclamer l'*amendement des bacheliers* et, dans ce cas, le rapport des premiers jurés est détruit par l'avis contraire concordant de dix bacheliers (5). Les jurés dont le rapport a été réformé doivent des dommages-intérêts, en dehors même de toute fraude, dol ou collusion (6).

Il n'est pas facile de déterminer la valeur exacte d'un rapport de jurés au ^{xiv}^e siècle ; une coutume prouvée en turbe nous atteste que les parties revenues devant le juge pouvaient proposer leurs bonnes raisons contre un rapport de jurés, c'est-à-dire le discuter en fait et en droit, à moins qu'elles se fussent engagées antérieurement à s'y soumettre (7). Il résulte de ce texte que, sauf le cas d'un véritable compromis, le juge est libre dans sa décision, le rapport technique lui fournissant seulement des éléments d'appréciation. Mais un autre texte, probablement contemporain, déclare qu'on doit ajouter foi à un rapport de jurés,

(1) *Olim*, III, p. 1008, n° LXV (1315) ; A. N., X^{1A} 10, f° 21 v° (4 mars 1344) ; f° 347 (14 février 1346) ; X^{1A} 11, f° 231 (1348).

(2) A. N., X^{1A} 6, f° 140 v° = Furgeot, n° 346 (19 janvier 1331) : *latomi jurati* ou *latomi magistri* ; *Sent. du Châtelet*, n° 101 (2 juillet 1399) : sont jurés deux maîtres des œuvres de maçonnerie du roy ; *Gr. Cout.*, p. 790 et s.

(3) Voy. par ex. *Cout. not.*, 105 et les autres coutumes de ce recueil citées *suprà*.

(4) Boutarie, n° 7233 (27 mai 1323) : mention des quatorze bacheliers jurés de la ville de Paris, à propos d'un mur mitoyen ; A. N., X^{1A} 6, f° 140 v° = Furgeot, n° 346 (19 janvier 1331) : *bacalarii jurati* ; Fagniez, *Répertoire*, n° 16 (21 avril 1407).

(5) *Gr. Cout.*, p. 791.

(6) Arrêt du Parlement du 19 janvier 1331 cité *suprà*.

(7) *Cout. not.*, 75 ; cf. A. N., X^{1A} 10, f° 21 v° (4 mars 1344) : le Parlement ordonne qu'un huissier, accompagné de jurés désignés par les parties, ira sur les lieux et fera son rapport ; la Cour statuera selon qu'il sera expédient.

autres ex. de leur intervention dans Fagniez, Études
sur le commerce et l'industrie, nos 35 - (cas de bail)
36-38 (péages de terrains), 39 (servitude de vue)
40 (élévation d'un bâtiment) [3.1.34]

si l'amendement des bacheliers n'est pas demandé (1); le juge apparaît ainsi comme lié par l'avis des experts, la responsabilité des premiers jurés et le contrôle des bacheliers étant considérés comme donnant toute sécurité aux parties.

C'est le second système qui triompha, semble-t-il, lors de la rédaction de l'A. C., dont l'art. 79 semble résumer le notable du ^{xiv}^e siècle (2). Mais, en 1580, on revint à une conception plus rationnelle du rôle du juge (3); c'est à lui, sans conteste, que le dernier mot appartient; le rapport de jurés n'ayant plus qu'une valeur consultative, on supprime logiquement le droit pour les parties de demander l'amendement des bacheliers; ces experts au second degré disparaissent; le juge peut seulement prescrire une expertise plus ample sur les points qui lui paraissent obscurs. Les experts sont ainsi ramenés à leur rôle véritable d'auxiliaires du juge, chargés d'éclairer sa religion sur les questions techniques (4).

La N. C. régla aussi une question qui semble avoir soulevé de multiples difficultés au ^{xvi}^e siècle; elle impose aux jurés l'obligation de rédiger sur le lieu même de l'expertise la minute de leur rapport; le clerc qui les assiste, et qui devait être pris obligatoirement parmi les *clercs de l'Ecritoire*, sorte de greffiers militant au Châtelet, dressait, dans les vingt-quatre heures, le rapport définitif et le remettait aux parties le requérant (5). On saisit ici la préoccupation d'éviter, dans la mesure du possible, les sollicitations dont les jurés et leurs clercs pouvaient être l'objet de la part des plaideurs ou de leurs représentants.

Les experts-jurés constituaient un corps privilégié, en ce sens

(1) Ms. fr. 18110, f° 76 : *on doit adjouster foy a ung rapport des jurez fait entre les parties par ordonnance judiciaire en ce qui chiet et deppend de la science et industrie d'iceule jurez et selon icelluy rapport on doit jugier quant dudit rapport n'est aucunement demandé l'amendement des bacheliers par aucunes des parties entre lesquelles ledit rapport des jurés a esté fait. Et ainsi en use l'en communément et notoirement.*

(2) Même rédaction dans le *Cout. de Châtelet*, n° 60.

(3) Art. 184-185; c'est le second *Projet, Manuscrits de Simon Marion*, p. 78, qui proposa la suppression de l'amendement des bacheliers; cf. le *Procès-verbal* sur l'art. 184 (B. de R., III, p. 81).

(4) Bourjon, II, pp. 29-30; on ne peut demander un amendement au rapport des jurés, mais on peut s'insérer en faux contre lui.

(5) Art. 185; le premier *Projet, Manuscrits de Simon Marion*, p. 18, notait déjà : *adviser s'il sera loisible prendre autre clerc*; il y eut des discussions très ardentes au moment de la rédaction : *Procès-verbal* sur l'art. 184 (B. de R., III, p. 81); cf. à ce sujet Brodeau, II, p. 490, n°s 9 et s., qui résume toute la question et déclare que l'art. 185 a été tiré d'ordonnances de 1567 et de 1574. Il n'y a pas lieu d'insister sur cet incident; l'érection de ces fonctions modestes en offices vénaux gênait les justiciables, mais donnait aux tribunaux, sur les titulaires, un contrôle qu'ils appréciaient fort.

que les juges choisissaient toujours parmi eux les techniciens qu'ils désignaient d'office ; mais les parties pouvaient s'entendre pour désigner des experts en dehors des jurés ; ces experts non professionnels devaient, pour chaque affaire, prêter serment devant le juge, tandis qu'en 1690, et probablement pour des préoccupations d'ordre fiscal, on dispensa du serment les jurés en titre. Il y eut, comme il est naturel, d'après débats entre ces experts professionnels, qui tendaient au monopole, et les autres, qui n'avaient pour eux que la confiance des plaideurs (1). L'ordonnance de 1667 sur la procédure régla en définitive les procédés de nomination des experts ; quand les parties ne s'accordaient pas sur leur désignation, le commissaire les nommait d'office, sauf récusation (2).

Les experts-jurés jouaient un rôle décisif dans les *cas de péril*, rapprochés assez naturellement par le *Grand Coutumier* des questions de servitude (3). Lorsque le mur ou le bâtiment du voisin menace ruine, on dit qu'il y a cas de péril ; le péril, dénoncé par tout voisin intéressé, est constaté par un rapport d'experts sur commission du juge ; la reconstruction, selon les indications des jurés, est imposée par le juge au propriétaire ou aux censiers, dans le plus bref délai, et, si elle n'est pas effectuée immédiatement, le juge y fait procéder d'office aux *couz de la chose* (4). Ces règles très simples pouvaient s'appuyer sur la théorie romaine du *damnum infectum*. Mais une sommation du voisin menacé n'était pas nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité du propriétaire de la chose ruineuse et le propriétaire ne pouvait pas s'affranchir, en déguerpissant, de cette responsabilité (5).

une déclaration du 17 mai 1780 (Reg. Simon, a.s.d.) sur les carrières de plâtre renvoie à une déclaration du 18 juillet 1729 sur les périls imminents des maisons et bâtiments de Paris [30.14.40]

(1) Cf. sur tous ces points Brodeau, II, pp. 493-494 ; Bourjon, II, p. 30.

(2) Ferrière, II, p. 1496.

(3) Liv. 2, c. 39, pp. 361-362 *des cas de péril et du rapport des jurés* ; ce chapitre fait suite au c. *des veues et esgous des maisons*, pp. 355-360.

(4) *Olim*, III, p. 1008, n° LXV (1315) ; A. N., X^{1a} 10, f° 347 (14 février 1346) ; *Cout. not.*, 105 ; *Gr. Cout.*, pp. 361-362 qui donne tout au long un rapport de jurés dans ce cas de péril ; *Sent. du Châtelet*, n° 114 (8 mars 1396) ; *Registre de la justice de Saint-Eloy*, A. N., Z² 3257, f° 47 (1458).

(5) Bourjon, II, pp. 14-15.

Rapport des maçons et charpentiers jurés de la ville de Paris sur une maison du 9^e Pont menaçant ruine. 1^{er} janv. 1326 Fagniez. Et s) le Commerce et l'Industrie, 1^{re} 35 [3.1.36]

LIVRE IV

LE DROIT FAMILIAL

J'entends par « droit familial » tous les rapports patrimoniaux qui naissent du lien familial, à l'exclusion de ceux qui sont engendrés par la puissance paternelle, les gardes noble et bourgeoise, les tutelles et les curatelles, et qui ont été étudiés, pour respecter d'anciennes habitudes, à propos de la condition des personnes (1). Le droit familial comprend ainsi tout d'abord, outre le peu que l'on sait des communautés familiales, l'ensemble des relations entre époux quant aux biens, que l'on appelle souvent, d'une expression commode, le « droit des gens mariés » : communauté conjugale et autorité maritale, douaire de la femme, donations entre époux. Il embrasse, en second lieu, les institutions qui réglementent les droits respectifs du propriétaire et de la famille en ce qui concerne les actes de disposition, à titre gratuit ou onéreux. Dans l'étude de ces institutions assez complexes, il ne m'a pas paru possible de séparer de la réserve lignagère le retrait lignager, tout lié qu'il soit dans ses détails techniques à la question du transfert de la propriété (2). Le droit familial comprend enfin la matière des successions, à laquelle on joint d'ordinaire celle des donations et du testament.

Un ensemble aussi vaste comporte de multiples subdivisions, car, à partir du ^{xiii}^e siècle, il est possible de discerner nombre d'institutions clairement différenciées. Je les étudierai successivement dans l'ordre qui m'a semblé mettre le mieux en relief

(1) V. t. I, p. 150 et^s.

(2) Cf. *suprà*, p. 3.

leurs rapports historiques. Mais je voudrais auparavant, malgré les difficultés de cette tâche, essayer de décrire, dans un chapitre préliminaire, ce que l'on peut apercevoir du très ancien droit familial parisien avant les différenciations si claires du XIII^e siècle. Pour ces lointaines époques, nous n'avons comme guides qu'un petit nombre de chartes et fort peu explicites. J'espère cependant reconstituer, avec une vraisemblance suffisante, l'atmosphère du très ancien droit familial parisien et parvenir ainsi à une plus exacte compréhension du droit développé et systématisé des XIII^e et XIV^e siècles.

CHAPITRE I

Le très ancien droit familial

Faute de textes coutumiers, qui n'apparaissent que dans la seconde moitié du ^{xiii}e siècle, on ne peut qu'indiquer des conjectures basées sur l'interprétation d'un nombre fort restreint de chartes. Le fait qui domine tout, c'est la très solide organisation de la famille, organisation qui remonte aux plus lointaines traditions franques et qui a été encore renforcée par les conditions sociales du haut moyen-âge. La solidarité de la famille au point de vue politique et dans le domaine du droit criminel est, pour cette époque, un trait essentiel ; je n'ai pas à y insister, mais il est clair que cette solidarité familiale a dû se manifester de quelque manière sur le terrain du droit privé ; le vrai problème consiste même à préciser jusqu'à quel point cette solidarité familiale s'est traduite en communauté ou co-propriété de famille. C'est là une question fort délicate, dès qu'on essaye de la serrer d'un peu près ; et je crois bien que, pour la résoudre le mieux possible, il ne faut pas faire appel seulement aux catégories juridiques bien tranchées de propriété individuelle et de propriété commune ou indivise, auxquelles nous sommes accoutumés la technique du droit romain classique ; nous devons admettre des catégories plus complexes, plus nuancées, et qui se sont par là même révélées plus instables. L'important est de ne point chercher à transposer, dans ce lointain passé, les cadres qui nous sont familiers : il faut s'en tenir étroitement aux données directes des documents, alors même qu'elles sembleraient un peu contradictoires à notre logique juridique moderne.

§ 1. — LES PRATIQUES COMMUNAUTAIRES

Le très ancien droit familial parisien s'est trouvé tout de suite en liaison avec le régime des tenures. Mais il ne faut pas oublier qu'en ce qui concerne les alleux, rien n'empêchait la formation tout à fait libre d'une coutume familiale, avec les éléments que fournissait la tradition ; bien entendu, il est tout à fait impossible

de suivre l'élaboration de cette coutume familiale pleinement autonome (1), mais on peut penser qu'elle a fortement influencé le droit familial applicable aux tenures car, comme je l'ai déjà fait remarquer (2), les propriétaires libres, en s'incorporant à la féodalité, n'ont pas dû renoncer à leurs habitudes de droit familial. Ou, si l'on veut, ce n'est pas la féodalité qui a modelé, selon ses exigences propres, le droit familial, c'est le droit familial qui, dans son ensemble, s'est imposé à la féodalité. Il y a là une importante constatation qui doit être vérifiée de près.

C'est un fait bien connu que la tenure est concédée en bloc à la famille, plutôt qu'à tel individu en particulier (3) ; et si, à l'époque la plus ancienne, la concession est limitée à quelques générations, il est tout à fait exceptionnel que la dévolution de la tenure soit réglée en détail par l'acte de concession (4) ; les parties s'en remettent bien plutôt à la coutume générale (5). Il est possible, cependant, que la succession en ligne collatérale ait été admise moins facilement par le seigneur que la dévolution en ligne directe, spécialement pour les tenures serviles (6). Mais cette répugnance première n'a abouti, en définitive, dans la région parisienne, qu'à l'établissement d'une taxe de mainmorte imposée aux collatéraux ; et un acte du ^{xii}^e siècle, qui nous montre très bien le fonctionnement de cette taxe, affirme avec une énergie particulière le droit de la famille, même collatérale, à la tenure servile, jusqu'à lui donner une faculté perpétuelle de rachat à l'encontre de la concession nouvelle consentie à un étranger (7). La même interprétation peut expliquer la perception du relief en succession collatérale pour les fiefs et aussi, çà et là, pour les censives. Et encore on pourrait se demander si le droit des tenures,

(1) Nous possédons très peu de renseignements anciens sur les alleux en droit parisien : *suprà*, t. I, p. 218 et s.

(2) *Suprà*, t. I, p. 232.

(3) Voyez les textes cités *suprà*, t. I, p. 232, n. 4, pour les fiefs, et p. 367, pour les censives.

(4) J'en ai cité un exemple de la fin du ^x^e siècle, *suprà*, t. I, p. 366, n. 2 : le choix de celui qui doit avoir la tenure à la troisième génération, avant qu'elle ne fasse retour au seigneur, est laissé à la femme et à sa fille, qui bénéficient de la concession en premier et en second lieu.

(5) C'est évidemment dans ce sens qu'il faut interpréter la formule courante de concession *à tel et à ses hoirs* ; par exemple, *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 384 (1134) : le doyen du chapitre concède à perpétuité les moulins d'Orly, *Petro majori Orliaci et Herluino fratri suo et heredibus eorum*.

(6) V. les textes cités *suprà*, t. I, pp. 141-142 ; il y eut peut-être aussi quelques restrictions en ce sens pour les fiefs, mais sans doute moins accentuées : t. I, p. 232, n. 4.

(7) *Chartes de Saint-Germain des Prés*, n° 100 (1116-1145), analysé déjà t. I, p. 142, n. 5.

sur ce point, ne s'est pas borné à enregistrer la répugnance de la coutume générale à l'encontre de la succession collatérale, plus rarement fondée sur la communauté de vie et d'efforts avec le *de cuius* (1).

Il faut cependant attribuer à des préoccupations d'ordre domanial les exclusions portées contre les héritiers naturels qui ne résident pas dans le domaine ou qui ne sont pas de la même condition que le *de cuius*, quand il s'agit d'une tenure servile (2); mais ces préoccupations, qui pouvaient trouver aussi quelque appui dans les vieilles traditions communautaires, semblent avoir disparu de bonne heure et rien n'a plus limité le jeu des règles de droit commun en ce qui concerne les tenures serviles et roturières. Notamment, on n'aperçoit aucun effort précis pour organiser, dans l'intérêt du seigneur, l'indivisibilité de l'exploitation agricole, même réduite à ses éléments essentiels; aucune trace d'un droit de préférence en faveur de l'aîné ou du dernier né, comme il s'en rencontre ailleurs; tout est laissé, en droit parisien, à la coutume générale ou aux arrangements familiaux. Le fractionnement même des redevances en nature et en argent prouve que la division de la tenure primitive a été poussée très loin entre héritiers, sans grand souci ni des intérêts du seigneur ni des conditions favorables à une exploitation rationnelle des terres (3). Tout au plus, comme nous le marque un acte curieux du XII^e siècle (4), laissait-on dans l'indivision des biens difficilement partageables, comme le pressoir qui servait à l'ensemble de la tenure primitive.

En ce qui concerne les fiefs, des efforts plus sérieux ont été faits

(1) Il est à peu près impossible d'atteindre la certitude sur ce point; car si nous connaissons les grands traits du droit féodal qui se sont bien conservés, nous ignorons l'organisation exacte de la famille qui a sûrement beaucoup évolué du X^e au XIII^e siècle. Mais j'ai, d'une manière générale, l'impression que l'on a souvent exagéré l'influence de la féodalité, faute de bien connaître la force et la direction des sentiments familiaux à cette époque.

(2) Cf. les textes cités *suprà*, t. I, p. 22, n. 1; p. 141, n. 4; p. 142, n. 6 et 7; p. 368, n. 6.

(3) *Suprà*, t. I, p. 381, n. 7.

(4) *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 316 (vers 1190): le chapitre a permis à ses hommes d'épave d'avoir des pressoirs pour presser leur vendange, mais il ne leur est pas permis de presser la vendange d'autrui; toutefois, si le domaine a été divisé, comme il arrive souvent, les co-partageants pourront venir au pressoir de ce domaine: *quod si, ut sepe contingit, vineas suas aliquis, per fratres aut sorores, aut filios aut filias, aut ceteros heredes, dotali lege aut hereditario jure distribuerit, a quo hereditas vinearum descenderit, racemos vinearum ita distributarum ad torcular ejusdem hominis dividendis asportari et comprimi irrefragabiliter permisimus*. — Chez les nobles, il arrivait aussi que les moulins et les fours fussent laissés dans l'indivision: *Chartes de Saint-Martin des Champs*, nos 47-48 (fin XI^e s.). On trouve des traces de cette habitude dans certains coutumiers des XIII^e et XIV^e siècles.

pour maintenir leur intégrité première, au moins à l'égard du seigneur. Si le droit parisien n'a pas su organiser l'indivisibilité absolue des fiefs ordinaires, il a connu le parage général qui, à certains égards, portait plus loin encore (1). Mais on peut se demander si l'existence du parage général n'est pas dû aux tendances communautaires de la coutume familiale plutôt qu'à des considérations spéciales aux tenures féodales, ou si, du moins, les deux tendances n'ont pas concordé pour aboutir au parage. En tout cas, si la succession conserve son unité vis-à-vis du seigneur, elle se morcelle entre les enfants, et d'une manière définitive (2). Et, dès le début du XIII^e siècle, les seigneurs jugent plus conforme à leur intérêt de renoncer au parage et d'exiger l'hommage directement des puînés (3); rien n'entrave plus le jeu des partages successoraux et, malgré l'aînesse, et sauf pour les fiefs de dignité, il en résulte un morcellement extrême des fiefs. Sans doute, quelques règles se maintiennent spéciales aux successions nobles, mais elles ne s'inspirent plus en rien des intérêts du seigneur; il ne s'agit plus que d'organiser les familles nobles sur un type aristocratique, selon une tendance qui ira sans cesse en se renforçant (4). Le fait que les fiefs sont des tenures n'a donc eu en droit parisien, sur les successions nobles, qu'une influence assez douteuse et en tout cas éphémère; il est possible même que le déclin du parage ait été principalement provoqué, au début du XIII^e siècle, par le déclin des habitudes communautaires avec lesquelles il cadrait à merveille. Dans tous ces ordres d'idées, on ne peut que faire des conjectures, faute de connaître les directions principales de la coutume familiale relative aux alleux. Mais il est bien certain que le droit des tenures a subi profondément l'influence des préoccupations familiales; je rappelle ici un trait qui suffirait à le démontrer; en cas d'aliénation d'un fief, les lignagers sont préférés au seigneur pour se substituer à l'acheteur en lui remboursant le prix (5); pour employer la terminologie bretonne si caractéristique, les lignagers sont plus proches du fief que le seigneur; et, en ce qui concerne les ensives, à l'époque historique,

(1) Je renvoie à ce qui a été dit *suprà*, p. 233 et s.

(2) Mais, bien entendu, ceux des parents qui tiennent en parage ne peuvent aliéner sans le consentement de l'aîné; cf. par exemple *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 123 (1108); dans un acte de 1169, cité *suprà*, t. I, p. 234, n. 1, c'est l'aîné qui prend l'initiative de la vente des biens appartenant à son puîné. Tout se passe donc comme si quelque communauté subsistait entre parageurs, sous la direction de l'aîné.

(3) *Suprà*, t. I, p. 235 et s.

(4) Cf. *suprà*, t. I, p. 300 et s.

(5) *Suprà*, t. I, p. 280, n. 2 à 4.

existe seul le retrait lignager (1). C'est la preuve que la tenure est considérée comme la chose de la famille, avant de redevenir celle du seigneur. La famille en disposera donc très librement, selon sa coutume propre, non seulement quand il s'agira de régler la dévolution *ab intestat*, mais encore pour marier les filles, établir les enfants, constituer des douaires pour les veuves. Nulle part nous ne voyons le seigneur intervenir pour entraver ces arrangements familiaux, et la prohibition du démembrement pour les fiefs ne s'est jamais étendue à ces arrangements, pas plus qu'aux partages successoraux (2).

Il faut donc admettre que la coutume familiale s'est assez librement développée, au sein même du régime féodal, sans subir les déviations profondes ou durables qu'on pourrait *a priori* présumer. Mais cette circonstance rend plus difficile encore la détermination de ses directions principales, pour le haut moyen-âge, car les seigneurs n'ayant pu ou n'ayant voulu organiser une dévolution spéciale pour les tenures relevant d'eux, il n'existe plus aucune raison de rencontrer dans les chartes quelques précisions sur ce point ; il est entendu qu'on s'en réfère à la coutume, suffisamment connue des parties. Notre seule ressource consiste à interpréter des règles avérées du droit plus récent, survivances certaines d'un état de droit plus ancien et déjà transformé.

On peut ainsi affirmer, avec une suffisante vraisemblance, que les différentes classes ont largement pratiqué, dans la région parisienne comme ailleurs, les communautés familiales groupant les enfants mariés sous l'autorité des parents encore vivants et même des ménages de frères et sœurs ou de collatéraux plus éloignés, après la mort des parents. Nous constaterons qu'à la fin du *xiv^e* siècle ces communautés familiales sont assez fréquentes encore pour que le *Grand Coutumier* s'en occupe (3). Elles devaient être courantes dans le haut moyen-âge (4). Ces communautés, plus

(1) *Suprà*, t. I, p. 371.

(2) *Suprà*, t. I, p. 241 et p. 283 et s.

(3) *Infra*, c. II.

(4) Nous possédons quelques actes d'après lesquels une tenure est concédée à deux frères : *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 373, n° III (1100), et page 384 (1134) : il s'établissait naturellement entre eux, et ensuite entre leurs héritiers, une vraie communauté ; le premier texte stipule, il est vrai, qu'après deux générations, la tenure doit faire retour au chapitre ; mais la seconde concession est perpétuelle. Une autre charte de 1101, *ibidem*, I, p. 373, n° IV, nous montre une concession faite à un individu, à sa femme, à ses deux fils laïcs et, ensuite, à leurs héritiers. D'après une charte de 1302 (*Cart. des Vaux de Cernay*, n° 1004), une communauté aurait existé, sans doute vers le milieu du *xiii^e* s., entre les père et mère de Guillaume d'Auneau, son aïeul et la seconde femme de ce dernier.

ou moins étendues, répondaient à des données naturelles aussi bien qu'aux conditions économiques d'une époque difficile et en pleine stagnation ; la tenure concédée par le seigneur ou le bien venu des ancêtres constituait l'assiette matérielle de ces communautés ; il s'agissait de l'exploiter le mieux possible, avec des bras nombreux suppléant aux insuffisances de l'outillage et d'en tirer une subsistance assurée, quoique médiocre, pour la famille toute entière. Les circonstances générales n'engageaient guère les enfants à quitter la terre familiale : les villes végétaient, l'industrie était rudimentaire, l'ère des grands défrichements n'était pas ouverte encore. Dans ces conditions, la famille fortement constituée restait le grand refuge.

Une règle essentielle du droit des successions, au XIII^e siècle, nous renseigne sur le rôle joué par ces communautés familiales : les enfants dotés ou établis ne viennent pas à la succession des parents à côté des enfants restés en communauté (1). Le droit de succéder est ainsi lié au fait de la vie commune et non pas au lien même de parenté ; les enfants succèdent à leurs parents parce que, jusqu'à la fin, ils ont associé leurs efforts aux leurs pour accroître le patrimoine commun. Sans doute, le système du rappel des enfants dotés, à charge de rapport, modifiera bientôt, jusqu'à la méconnaissance, la conception première ; mais l'exclusion des enfants dotés ou établis révèle le rôle capital que jouait, dans le droit successoral, le fait de la vie commune, et cela ne se comprendrait pas si les communautés familiales n'avaient été très répandues, pour subsister au moins jusqu'à la mort des parents.

Faute de posséder des textes coutumiers anciens, on ne peut connaître la réglementation de détail des ces communautés, mais il est bien certain qu'elles n'étaient pas obligatoires ; on ne peut aucunement les assimiler à un régime de co-propriété familiale imposé par la coutume ; des chartes très anciennes nous montrent des héritiers en possession d'une part divise dont ils ont la propriété (2). D'un autre côté, elles sont tout autre chose que ces

(1) *Infra*.

(2) J'ai cité *suprà*, t. I, p. 232, n. 1, des textes établissant, dès le XI^e siècle, le partage et la propriété divise des fiefs. Le texte de 1190 que j'ai cité *suprà*, p. 143, n. 4 prouve que les démembrements successoraux étaient courants à cette époque entre roturiers. A la fin du XI^e siècle, deux nobles, Gasce et Guillaume Tranchebise, possèdent bien en commun un alleu et un moulin, mais Gasce possède tout seul une vigne ; il n'existe donc pas entre eux une communauté complète : *Chartes de Saint-Martin des Champs*, nos 47 et 48. Un acte de la seconde moitié du XII^e siècle nous montre une tenure servile normalement partagée entre les enfants, *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 53 (1160-1196) : *hereditas vero Giroldi et uxoris sue inter ipsos tanquam inter fratres convenienter dividetur*.

indivisions passagères qui précèdent aujourd'hui la liquidation définitive entre héritiers et qu'on appelle parfois des communautés d'héritiers, d'un mot emprunté à une technique étrangère. Sans doute, à la mort du chef de la communauté, les intéressés pouvaient opter entre la liquidation et la continuation de la communauté ; mais, dans ce dernier cas, ils n'en pouvaient à leur gré demander la dissolution, comme l'héritier d'aujourd'hui peut toujours sortir de l'indivision. Il leur était loisible seulement de quitter la communauté en emportant quelques biens représentant leur part dans l'accroissement de l'actif plutôt que dans le patrimoine originaire et fondamental de la communauté. Ces séparations se réglaient d'ordinaire à l'amiable et l'autorité morale reconnue au chef de la communauté devait y jouer un rôle prépondérant.

Un acte de 1224 nous a conservé cependant le récit d'un règlement familial qui se fit, à Paris, grâce à l'intervention de l'official de l'archidiacre (1). Cet acte mérite d'être analysé et commenté avec quelque soin, car il nous permet d'apercevoir le fonctionnement de ces communautés familiales, tel qu'il était réglé avant tout par les mœurs. Un certain Manassés, clerc, a assigné ses parents devant l'official de l'archidiacre pour qu'ils pourvoient à ses besoins pendant ses études : Manassés, qui se destine à la cléricature, a dû quitter en fait la maison paternelle. L'official condamne les parents à lui payer une pension alimentaire ; les parents font appel devant l'archidiacre, mais ils y renoncent, car un arrangement intervient entre les parties. Manassés, à force d'instances, obtient sa part par anticipation dans l'héritage de ses parents, soit cinq arpents de terre et cent sous ; il se déclare satisfait et ne réclamera plus rien, même à l'occasion de legs à lui faits par certains parents, sans doute pour payer ses frais d'études, *pour aller à l'école*. Il renonce à tout ce que ses parents possèdent ou pourraient posséder plus tard. Il est même stipulé que si, dans l'avenir, un des frères meurt, sans doute après avoir succédé à ses parents, il ne pourra lui succéder avec ses autres frères qu'à la condition de rapporter à la masse commune les cinq arpents venus des parents, ou leur valeur (2).

(1) *Trésor des Chartes*, V, n° 280 ; cet acte a déjà été cité *suprà*, t. I, p. 152, n. 3.

(2) *Volens insuper et concedens ut, si alicui fratrum suorum superviveret, in hñis que ad fratres suos ex caduco illius defuncti devenirent, nichil penitus reclamaret, nisi dicta quinque terre arpenta, que pro parte habuit cum fratribus suis, in communi reduceret vel valorem terre, quadraginta videlicet librarum. Quo facto, in caduco illo et aliis ad ipsos fratres ex hereditate pertinentibus debitam perciperet portionem.*

Il résulte bien de cet acte que les parents ne sont pas tenus de donner sa part à celui qui quitte la communauté, mais que, cependant, il est équitable de lui fournir une compensation. En outre, l'enfant ainsi rempli par anticipation de sa part successorale est exclu, non seulement de la succession de ses parents, mais encore de la succession d'un frère où il retrouverait une seconde fois des biens provenant de la communauté familiale qu'il a définitivement abandonnée. Il pourra seulement, en rapportant à la masse commune ce qu'il a reçu, participer à une redistribution de l'ancien patrimoine communautaire entre les enfants survivants. Il semble ainsi que le droit de succéder en ligne collatérale soit fondé sur la participation antérieure à une communauté familiale, plus encore que sur le lien même de parenté.

Un autre trait avéré du droit parisien récent permet aussi de croire à l'existence fréquente des communautés familiales dans le haut moyen-âge. A la fin du XIII^e siècle, il suffit que deux parents vivent ensemble pendant an et jour pour que la communauté existe entre eux, quant aux meubles et aux acquêts (1). Il est même probable que ces communautés taisibles se formaient non seulement entre parents, mais encore entre étrangers, par le seul fait de la vie commune. Un principe aussi large, contre lequel on ne tardera pas d'ailleurs à réagir, ne peut avoir sa source que dans une pratique habituelle du régime communautaire : la communauté juridique est si fréquemment voulue qu'on la présume aisément dès qu'existe la communauté de vie ; sans doute, l'admission de la communauté taisible a aussi l'avantage de supprimer d'épineuses questions de preuve quand il s'agit de séparer des biens qui sont restés longtemps juxtaposés ; mais on n'établit pas une règle de cette portée uniquement pour écarter des difficultés de preuve, quand elle ne concorde pas avec les tendances générales du milieu ; on ne présume la communauté que parce qu'elle est alors le fait normal, le fait courant, qui ne surprend personne. Plus tard, lorsque les communautés familiales se raréfierent, lorsque les tendances à la propriété strictement individualisée s'accrochèrent, sous des influences diverses, on sut bientôt battre en brèche la notion même de communauté taisible et résoudre d'une autre manière, en présumant la propriété individualisée, les difficultés de fait naissant de la simple juxtaposition des biens. Nous pouvons donc induire du principe de la communauté par an et jour, admis au XIII^e siècle, l'existence

(1) *Infrà*, c. II.

d'une très large pratique des communautés familiales dans le haut moyen-âge.

Au XIII^e siècle, la communauté taisible ne porte que sur les meubles et les acquêts, c'est-à-dire les acquisitions faites pendant que dure la vie commune ; le patrimoine immobilier antérieur à l'établissement de la vie commune reste propre à chacun des communautaires. On peut supposer qu'il s'agit ici d'une restriction récente, d'ailleurs bien justifiée. A l'époque plus ancienne, la communauté familiale est une communauté universelle en immeubles, meubles et acquêts. Mais, dans cette communauté universelle, on devait assez promptement discerner les immeubles qui avaient été la base matérielle originaire du groupement, par exemple l'exploitation agricole concédée par le seigneur, et, d'autre part, les meubles et les immeubles acquis pendant la communauté avec les ressources mobilières en excédent (1). Le premier fond devait facilement être considéré comme intangible, alors que les meubles et acquêts devaient servir à établir les enfants qui quittaient la communauté, ou à marier les filles qui s'agrégeaient à un autre groupe (2). Lorsque les communautés familiales devinrent moins fréquentes et que des partages successoraux eurent habitué à la notion de propres, on restreignit la communauté taisible aux seuls meubles et acquêts, instruments nécessaires ou fruits d'un travail exercé en commun. La propriété individualisée se combine ainsi avec la propriété commune et cette dernière peut, à certains égards, être plus facilement acceptée, puisque la communauté familiale n'englobera plus des biens qui ont déjà été l'objet d'une vraie propriété individuelle et auxquels les communautaires ont pu s'attacher, sans être encore en mesure de vivre une vie pleinement indépendante au point de vue économique. Ainsi apparaît une forme de transition dans l'évolution continue qui tend vers la propriété tout à fait individualisée.

Ces communautés familiales, quoique très répandues, étaient

(1) On remarquera, en ce sens, la curieuse terminologie d'une charte déjà citée de la seconde moitié du XII^e siècle, *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 53 (1160-1196). *Girolodus*, ancien serf de Saint-Marcel, a épousé une serve de Notre-Dame et s'est sans doute installé sur la terre de Notre-Dame ; il a hérité de ses père et mère *conquestum quemdam terre et vinearum*, c'est-à-dire sans doute un petit domaine acquis en dehors de la tenure. Les chanoines de Saint-Marcel réclame ce conquêt ; mais il est décidé qu'il sera partagé entre les enfants du ménage, qui sont eux-mêmes partagés entre les deux seigneurs. Tous les enfants succèdent ainsi à ce conquêt, alors que seuls succéderont à la tenure servile les enfants qui resteront dans le domaine du seigneur.

(2) V. *infra*, § 3, les textes nombreux prouvant l'existence ancienne de la pratique de doter les filles.

facultatives ; conformes aux nécessités de l'époque, bien adaptées à une exploitation rationnelle des tenures, elles ne furent cependant imposées, ni par la coutume familiale, ni par les seigneurs soucieux de sauvegarder l'intégrité des domaines qu'ils avaient concédés (1). Seul, le parage général entre nobles organise une communauté juridique obligatoire entre les enfants, sous l'hégémonie de l'aîné ; mais il faut bien relever que cette communauté n'existe dans toute sa force qu'à l'égard du seigneur et qu'elle n'implique pas nécessairement vie commune entre les parageurs ; chaque enfant reçoit une part divise dont il peut jouir d'une manière indépendante ; notamment, la fille dotée en terre quitte le groupe des parageurs pour vivre avec son mari ; l'unité patrimoniale n'est maintenue qu'en ce qui concerne le seigneur et les tiers avec lesquels les parageurs ne pourraient traiter relativement à leur part sans l'assentiment de l'aîné, chef du groupe. Et cette situation montre bien que la communauté juridique peut exister sans communauté de jouissance, tout comme la communauté de jouissance n'implique pas nécessairement propriété commune des biens qui en sont la base.

Ce caractère facultatif des communautés familiales atteste la force qu'a gardée, dans les circonstances les moins favorables, la tendance vers la propriété pleinement individuelle. Mais si cette tendance a obtenu largement satisfaction quand il s'est agi seulement du droit de jouir et d'user librement du bien, elle s'est heurtée à des résistances très sérieuses quand elle a voulu aller jusqu'au droit de disposition, c'est-à-dire jusqu'à l'aliénation du bien à un titre quelconque, en dehors des arrangements familiaux. C'est un fait qui nous surprend, car nous sommes habitués à considérer le droit de disposition comme l'attribut caractéristique du droit de propriété ; mais c'est un fait incontestable et il serait vain de vouloir transporter dans le passé les catégories qui constituent notre atmosphère juridique. Le haut moyen-âge a connu la propriété individuelle dans la mesure où elle permet au propriétaire de jouir des fruits du bien, de disposer même de ces fruits pour une durée raisonnable, et dans la mesure où elle se prête à des combinaisons d'intérêt familial : dot et donation en avancement d'hoirie à des enfants ou à des parents, douaire pour la femme. Mais il n'y a point rattaché une prérogative illimitée

(1) On trouve parfois chez les seigneurs le souci de réserver aux seuls héritiers habitant le domaine le droit à la tenure ; mais il n'y a pas trace d'une exigence plus précise, ni d'un système qui réserverait la tenure aux seuls héritiers l'exploitant en commun.

de disposition à l'égard des étrangers à la famille ; une disposition de cette nature doit être approuvée ou consentie par la famille toute entière. Tant que le bien reste dans le patrimoine d'un des membres de la famille, celle-ci n'a rien à dire, mais, dès qu'il en sort, les droits en expectative, en sommeil, qu'elle gardait en raison de l'antique communauté familiale dont il fut un élément, deviennent des droits actuels et se réveillent à l'encontre de l'acquéreur étranger. Elle a pu renoncer autrefois au régime communautaire et lui préférer un large partage en jouissance ; mais elle n'a pas entendu se dessaisir définitivement du bien. Quand la communauté existait, son chef ne pouvait disposer des immeubles communs sans le consentement unanime des communautaires ; la vieille règle a survécu à la dissolution du groupe : pour qu'un bien sorte à titre définitif de la famille, il faut que la famille y consente.

§ 2. — LES CONSENTEMENTS FAMILIAUX

Il n'y a pas de principe mieux établi par les textes que celui-ci ; des chartes innombrables l'illustrent dans la région parisienne comme ailleurs. Il faut s'y arrêter pour bien comprendre la portée d'un régime de propriété qui fut sans doute éphémère et instable mais qui est à la base des conceptions les plus caractéristiques du droit coutumier du XIII^e siècle.

Pour plus de clarté, il convient de distinguer les aliénations à titre gratuit ou à titre onéreux. Parfois, la distinction est délicate à faire parce que des actes à titre gratuit sont parfois dissimulés sous la forme d'actes à titre onéreux qui soulèvent des objections moins véhémentes de la part de la famille. En 1093, deux frères donnent une terre à Saint-Martin des Champs et reçoivent du couvent, pour ce don, cinquante sous (1) ; cette donation n'est-elle qu'une vente, ou cette remise d'une petite somme n'est-elle qu'une précaution un peu vaine ? Des actes aussi ambigus sont rares, et la distinction proposée peut servir de base à un dépouillement des textes ; nous constaterons, d'ailleurs, que les donations sont plus anciennes et plus fréquentes que les ventes.

En 1067, Josselin, archidiacre de Josas, donne un alleu à Saint-Martin des Champs *assensu atque favore fratris sui Udonis*, qui donne lui-même la dîme de cet alleu dont il est le propriétaire (2).

(1) *Liber testam.*, p. 22 ; cf. p. 17 (1109-1110) : *habuitque inde IV libros denariorum et X solidos ; hoc donum concessit Ludovicus frater.*

(2) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 13.

En 1132, Bouchard, clerc de Clamart, donne à Saint-Martin, au moment de s'y faire moine, avec l'assentiment de son frère Jean le Noir, tout ce qu'ils possèdent à Clamart, dans le fief de Raoul de Chaville (1). Vers 1180, toute une série de parents concourent à une donation faite à l'abbaye des Vaux de Cernay et l'approuvent ; pour chaque groupe de parents interviennent de nouveaux témoins (2). Il est impossible, bien entendu, de déterminer la liste des parents dont le consentement était nécessaire ; vers 1079, Henri Roussel donne un cens à Saint-Martin avec l'approbation de sa femme, de sa fille, de son gendre et de tous ceux qui *calumniam inferre potuerunt* (3) ; la formule est très vague ; elle indique seulement qu'une série de personnes peuvent intenter une revendication, *calumnia*, lorsque la donation a été faite sans leur assentiment préalable. Nous avons plus d'un exemple de ces revendications auxquelles les parents finissent d'ailleurs par renoncer sur les instances du donataire, instances souvent accompagnées de dons en argent. Vers 1115, un seigneur a fait une donation importante aux moines de Longpont, mais son frère n'y a pas consenti et retient la terre en son pouvoir ; il finit par s'entendre avec les moines en leur remettant une partie seulement de la donation (4). Vers la même époque, la Chronique de Morigny raconte qu'une donation a été faite *in extremis* à l'abbaye par un chevalier ; mais elle est contestée par le beau-frère, et la terre demeure inculte ; l'abbaye ne put jouir en paix qu'après avoir donné de l'argent au beau-frère, à la femme et à la sœur du donateur (5). Un peu plus tard, vers 1144, les parents d'Henri de Fontenai renoncent à contester une libéralité qu'il a faite à Saint-Lazare en s'y réfugiant, atteint de la lèpre, et ils investissent le couvent par une verge déposée sur l'autel (6). La possibilité de ces revendications n'est pas contestée : nous savons seulement qu'elles devaient être intentées dans le délai d'an et jour, à partir

(1) *Ibidem*, n° 196. Ajoutez deux actes de 1169, *Cart. de N.-D. de Paris*, I, pp. 48 et 50.

(2) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 46 ; cf. *ibidem*, n° 31 (vers 1168).

(3) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 17 ; *ibidem*, n° 59 (fin du XI^e s.) : *hoc vero concesserunt qui calumpniari possent*. Cf. *Cart. de N.-D. de Paris*, III, p. 353 (vers 1130) : un don est approuvé par la nièce du donateur et son mari *ne vero in futurum alicui justa occasio relinquatur calumpniandi*.

(4) *Cart. de Longpont*, n° 207 ; cf. *ibidem*, n° 69 (vers 1095) : un frère du donateur renonce à sa réclamation moyennant un don de dix sous.

(5) Livre II, § 4, édit. Mirot, pp. 15-16.

(6) *Actes de Louis VII*, n° 135.

de l'acte ou à partir du moment où les intéressés pouvaient matériellement ou juridiquement agir (1).

Chaque parent a le droit d'intervenir personnellement et le refus d'un seul compromettrait la validité de l'acte. Vers 1100, une femme mariée, avec l'assentiment de plusieurs parents, donne à Longpont un hôte et toute sa tenure; deux parents refusent d'y consentir, mais finissent pourtant par céder aux instances des religieux (2). De tels principes devaient rendre singulièrement difficile la réalisation des libéralités, malgré les sentiments de piété très vifs à cette époque. Les établissements religieux devaient cependant les accepter comme coutume indiscutable; nous en avons un très intéressant témoignage du début du XII^e siècle. En 1108, Galeran de Villepreux a donné à Saint-Martin des Champs, avec les consentements familiaux d'usage, la terre d'Aulnay, près de Saint-Cloud (3); l'évêque de Paris, son suzerain, approuve la donation, après avoir constaté que tous les parents *legitimum assensum prebuerunt* (4). En 1120, le nouvel évêque de Paris confirme la donation et, après avoir rappelé les faits, il déclare que le donateur a voulu faire intervenir tous ses frères, *quamyis partem hereditarie possessionis valeat unusquisque, non requisito heredum assensu, juste in elemosinam dare et Ecclesiam Dei heredem facere* (5). L'évêque affirme ainsi la doctrine constante de l'Eglise, appuyée sur le droit romain et tant de fois répétée au préambule des formules et des chartes franques; celui qui a reçu dans une succession sa part divise peut, sans le consentement de ses co-héritiers, et dans une mesure raisonnable (*juste*), faire une aumône à l'Eglise et l'instituer son héritière. Mais, pour le début du XII^e siècle, cette doctrine n'a qu'une valeur purement théorique; elle ne correspond pas à l'état exact de la coutume séculière, à laquelle Galeran de Villepreux, soucieux de faire une libéralité valide, entend se soumettre entièrement.

(1) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 181 (1124-1126): Aubert de Brie a donné une terre aux moines, qui en ont joui paisiblement pendant sept ans. Foulques de Presles ayant épousé une nièce du donateur, réclama la terre, mais *extra nuptiarum annum et diem*; l'affaire vint à Gournay, devant la cour d'Etienne de Garlande, dont relevait la terre, et la revendication fut repoussée. Il est probable que la nièce était mineure lors de son mariage; elle avait donc conservé son droit de *calumniare*, mais ce droit aurait dû être exercé en son nom par le mari dans l'an et jour du mariage. Cf. ce qui a été dit *suprà*, pp. 76-77.

(2) *Cart. de Longpont*, n° 80.

(3) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 123.

(4) *Ibidem*, n° 124.

(5) *Ibidem*, n° 160 = *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 41.

Un mot, dans cette charte caractéristique, doit retenir l'attention : *assensus heredum* ; les héritiers doivent consentir ; ce mot d'héritiers a un sens spécial ; il ne s'agit pas seulement des successeurs éventuels, probables, du donateur. Sans doute, une charte de 1096 nous montre deux neveux d'Hugues de Voves confirmant une donation faite par leur oncle à Saint-Martin des Champs (1) ; elle précise que, sans leur intervention, l'aumône ne pourrait être stable : *hi enim post decessum suum heredes esse debebant* ; les deux neveux sont donc les successeurs désignés du donateur qui n'a pas de postérité légitime ; mais la charte ne dit pas qu'ils seront ses héritiers, mais seulement « héritiers ». Et il faut sous-entendre héritiers de la terre, c'est-à-dire jouissant sur cette terre familiale d'une expectative, d'un droit virtuel naissant de leur parenté mais ne dépendant pas de leur proximité de degré à l'égard du donateur. Pour autrement parler, la *calumnia* appartient non seulement aux successibles, mais à tous ceux qui sont considérés par la coutume comme parents et comme ayant gardé un certain lien de proximité avec la terre pour le cas où son propriétaire la ferait sortir du lignage (2).

Ce sens me paraît mis hors de doute par une précieuse charte de novembre 1093 qui jette quelques lueurs sur les conceptions du droit familial dans le haut moyen-âge (3). Deux frères, *Gausbertus* et *Rochardus*, donnent à Saint-Martin des Champs une terre dans les environs de Gonesse, avec l'assentiment du seigneur de la terre, de leurs femmes et de leurs fils. L'acte est approuvé par leur frère *Aszo*, bien qu'il ne soit pas l'héritier de cette terre qui a été achetée par ses deux frères ; mais, pour qu'il ne soit pas hostile aux moines, il reçoit dix sous. Il résulte bien de cet acte que, d'après la coutume, seul est requis le consentement de ceux qui sont héritiers de la terre, c'est-à-dire qui sont les descendants de celui qui l'a acquise ou possédée par succession. *Aszo* n'est pas héritier de la terre achetée par ses deux frères, parce que cette terre n'appartenait pas à leur père, ne faisait pas

(1) *Liber test.*, p. 19 = Chartes de Saint-Martin des Champs, n° 79 ; dans le même sens une charte de la fin du XI^e siècle, déjà citée, *Liber test.*, p. 7 = Chartes de Saint-Martin des Champs, n° 59 nous montre l'intervention de deux filles du donateur *quibus competebat jure hereditario*.

(2) Cf. l'expression très curieuse d'un acte du Cart. des Vaux de Cernay, n° 24 (vers 1162) ; une femme a donné aux moines une part de son hérité ; l'acte continue ainsi : *et si aliquis faceret se proximum de hereditate...* Vers 1168, Adam de la Chapelle fait une donation qui est approuvée par sa sœur, les enfants et petits-enfants de cette sœur : *ibidem*, n° 31 ; la présence de la sœur ne rend donc pas superflue l'intervention de sa lignée.

(3) *Liber test.*, pp. 21-22 = Chartes de Saint-Martin des Champs, n° 44 = Cart. de Paris, n° 110.

formule remarquable dans Ch. de St. Martin des Champs, n° 1098 (mai 1252) : plusieurs consorts, en difficulté avec le prieur a.s. d'un arpent de vigne donné par Robert de Fontaine et sa femme, prétendent qu'ils ne pouvaient pas donner la dite vigne *cum esset de hereditate dictorum hominum* puis, après avoir fait un compromis, n° 1097, renoncèrent à leur réclamation, moyennant 9 livres données par les moines [19.1.27]

partie de ce patrimoine familial sur lequel chaque co-héritier conserve certains droits de proximité, bien qu'il en ait reçu une part divise. Ainsi, dès la fin du XI^e siècle, apparaît en pleine lumière la distinction des propres et des acquêts de succession, qui sera l'une des bases essentielles de la théorie coutumière des successions. Seuls, les héritiers aux propres interviennent dans les aliénations. Nous pouvons ainsi poser un important jalon qui nous aidera à relier, à cette lointaine pratique des consentements familiaux, la théorie formée de la réserve lignagère.

Les aliénations à titre onéreux apparaissent plus tardivement que les donations ; je n'en ai pas rencontré avant la seconde moitié du XII^e siècle et il me paraît probable que la coutume leur était plus hostile encore qu'aux libéralités, déterminées presque toutes par des considérations pieuses. La vente est un acte anormal au point de vue de l'économie du haut moyen-âge ; elle doit être justifiée par des considérations particulières. Un certain nombre de chartes font mention de la nécessité où se trouve le vendeur, soit pour accomplir un voyage en terre sainte, soit pour l'éducation de ses enfants (1). Il semble que dans la rigueur des principes le cas de nécessité dispense des consentements familiaux, mais, pour plus de sécurité encore, les parents confirment assez souvent l'opération que les circonstances rendent inévitable (2). En 1172, Thibaut de Marly, partant pour la croisade, vend à son frère Hervé tout ce qu'il possède près de Gonesse et près de Montmorency en lui reconnaissant la faculté de le vendre, de l'engager ou de le donner à une église (3). Thibaut renonce ainsi, d'une manière définitive, à tous ses droits sur ces terres familiales, même pour le cas où Hervé les aliénerait à son tour. Mais l'acte est approuvé par leur frère Bouchard qui pourrait, lui aussi, intervenir si ces domaines sortaient de la famille.

Une combinaison de cette sorte concilie à merveille les intérêts en présence, mais elle suppose que l'aliénateur, pressé par

(1) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 290 (1146) : Adam de Ville-ron, avec le consentement de sa sœur, vend une terre *pro necessitate vie Jherosolimitane* ; *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 49 (1190). Guy de Moissy, *pro necessitate sua*, et son fils Girard, déjà chevalier, vendent leur part dans le moulin de Chantereine, près de Corbeil, avec l'approbation de ses fils, de ses filles, de son gendre et de son frère, chanoine ; de Manneville, *P. J.*, p. 129 (1219) : une femme vend une terre à Saint-Victor et s'engage à procurer l'assentiment de ses enfants à leur majorité, *licet pro necessitate puerorum suorum predictam terram vendiderit* ; *Cart. de N.-D. de Paris*, III, p. 136 (1245) : Simon de Macy, chevalier, vend une dime inféodée, *pro sua necessitate inevitabili et pro itinere suo ad terram sanctam*.

(2) Cela semble résulter de l'acte de 1219 cité à la note précédente.

(3) *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 200 (1173).

la nécessité, trouve chez les membres de sa famille les ressources qui lui manquent. Mais si la famille toute entière est dans la gêne, comment pourrait-elle s'opposer à l'opération qui fera sortir définitivement le bien de la famille? En 1206, Hugues de Plesiz offre un champ qu'il doit vendre à tous ses parents et, comme ils déclinent la proposition, il le vend à l'abbaye des Vaux de Cernay (1); le consentement de ses frères apparaît dans l'acte comme bien surabondant. L'offre aux proches joue ainsi le même rôle que l'offre au seigneur antérieurement constatée (2).

Le plus souvent, les chartes se bornent à constater l'intervention à la vente d'un certain nombre de parents. Ainsi, dans la seconde moitié du XII^e siècle, deux époux vendent à l'évêque de Paris plusieurs hostises (3); il s'agit d'un propre de la femme, car la vente est approuvée par sa mère et par son frère. En 1194, Robert de Saint-Ferréol vend aux moines des Vaux de Cernay un bois que son père lui a donné en avancement d'hoirie (4); le père, qui vit encore, approuve la vente, ainsi que d'autres parents. Il serait sans intérêt de multiplier les exemples qui ne permettraient pas de déterminer la liste des parents appelés à consentir (5). Il est infiniment probable que ces consentements n'étaient requis que pour la vente des biens de famille, comme le constatent certaines des chartes citées ci-dessus. Cependant, un acte récent de 1254, à une époque où le retrait lignager s'était sûrement substitué à la nécessité des consentements familiaux préalables, nous montre toute une série de parents confirmant la vente faite par deux époux d'un conquêt de communauté (6); il faut y voir seulement une précaution surabondante, comme il s'en rencontre toujours aux époques d'incertitude juridique.

Je dois signaler enfin l'intervention de la famille dans les *compositions*, transactions qui présentent les mêmes dangers que les aliénations, puisqu'elles impliquent renonciation à certains droits contestés. En 1195, Roger de Maulé s'accorde avec le cha-

(1) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 138 (1206) : *proposita prius et oblata emptione debitis hereditariis et ab eis postposita*. — Cf., sur l'offre aux proches, Brissud, p. 1187, n. 5.

(2) *Suprà*, t. I, p. 240, n. 2. Dans l'acte du milieu du XII^e siècle cité *suprà*, la femme, avant d'offrir le fief au seigneur, a demandé à son frère, dont elle l'avait reçu en mariage, la permission de le vendre, en invoquant la nécessité.

(3) *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 52 (1160-1196).

(4) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 102.

(5) Voyez *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 48 (1170); p. 51 (1177); p. 52 (1187); p. 53 (1195); III, p. 95 (1231); *Cart. de la Roche*, n°s 3 et 4 (1235).

(6) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 544 (1254).

pitre de Notre-Dame de Paris au sujet de certains droits réclamés par son père et son aïeul (1) ; la composition est faite de la volonté et de l'assentiment de sa femme, de sa mère et de son frère ; parmi les fidéjusseurs, figure un de ses oncles ; un autre est au rang des témoins ; leur concours implique, du moins, qu'ils approuvent l'arrangement. On trouverait, sans doute, bien d'autres exemples de ce genre dans les cartulaires parisiens ; mais il n'y a pas grand intérêt à les suivre, car ici les traditions du très ancien droit familial parisien n'aboutirent pas à une institution formée, comme le fut le finport breton, né d'une longue pratique des consentements familiaux dans les actes judiciaires et les transactions qui en sont si voisines (2).

Les indications données suffisent pour établir la pratique constante, aux ^x^e et ^{xii}^e siècles, des consentements familiaux à tous les actes d'aliénation portant sur des biens venus de la famille. On ne saurait douter de l'existence, en ce sens, d'une vraie coutume, impérative et sanctionnée, née directement du vieil esprit communautaire et lui survivant d'une manière assez naturelle : les membres de la famille qui n'ont plus la jouissance en commun du patrimoine familial ont cependant quelque expectative sur les divers éléments de ce patrimoine, grâce au droit de succession ; pour cela il faut que le bien reste dans la famille, son détenteur actuel devant être assez satisfait du large droit de jouissance qui lui appartient depuis la liquidation de la communauté.

Mais un tel système ne présentait pas en lui-même de suffisantes garanties de stabilité. Comment maintenir au profit d'innombrables parents ce droit absolument arbitraire de consentir ou de ne pas consentir à telle aliénation souhaitée par le possesseur actuel du bien ? Il n'y avait là au fond qu'un droit de veto purement négatif qui devait être assez vite considéré comme une entrave gênante et mal justifiée ; l'expérience de l'histoire démontre qu'il est difficile de défendre longtemps des droits négatifs, tant en raison de la négligence de ceux à qui ils appartiennent, qu'en raison des résistances de ceux qui en souffrent. Des considérations de convenance, des habitudes de courtoisie conduisent à les tempérer progressivement et rendent de plus en plus malaisé leur exercice strict, en lui donnant une apparence de vexation. Les libéralités pieuses répondent au sentiment commun de l'époque ;

(1) *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 355 (1195) ; autre exemple de 1189, *ibidem*, I, p. 284. Il faut faire observer cependant que, dans ces deux actes, il s'agit de nobles et que les règles du parage imposaient pour les opérations importantes le concours de tous les parageurs, sous la direction de l'aîné.

(2) V. Olivier Martin, *Etudes de droit breton. Le Finport*, dans les *Mém. de la Soc. d'hist. de Bretagne*, 1921, pp. 37-96.

il est bien délicat, pour un parent éloigné, de s'y opposer, alors que ses droits à la terre dont il s'agit sont tout à fait incertains. D'autre part, en cas d'aliénation à titre onéreux, le propriétaire n'est-il pas mieux à même que quiconque d'apprécier la nécessité de l'acte? Il ne s'y décide sans doute qu'à la dernière extrémité, après avoir épuisé les combinaisons de crédit qui sont à sa discrétion; si la chose est vraiment à lui, n'est-il pas logique qu'il en puisse disposer, malgré des oppositions assez arbitraires?

En somme, la théorie des consentements familiaux ne pouvait résoudre l'inévitable conflit qui s'élevait entre les droits de l'individu et ceux de la famille; elle n'était qu'un expédient couvrant toutes sortes de discussions et réservant mille possibilités de rouvrir la querelle. Pratiquement, on ne pouvait exiger que l'intervention des parents maîtres de leurs droits au moment de l'acte, sous peine de paralyser indéfiniment sa validité; mais il n'y avait pas de raisons logiques de s'en tenir là, étant donné le point de départ; pourquoi sacrifier le droit des mineurs, pourquoi ne pas tenir compte du droit des parents à naître? Ne sont-ils pas, eux aussi, des successeurs éventuels au bien familial aliéné? Il existe des raisons de croire qu'on a songé à aller jusque là (1), mais c'était aboutir à des complications inextricables et, en matière d'aliénation, il est indispensable que l'acquéreur soit très promptement fixé sur la validité de son acquisition. Le problème se ramenait ainsi à des données contradictoires; on ne pouvait organiser une sérieuse protection des droits de la famille qu'en sacrifiant ceux de l'individu et de l'acquéreur; tous ces consentements péniblement recueillis ne donnaient qu'une sécurité précaire et provisoire. C'est dans une tout autre direction que la solution du problème devait être trouvée, au XIII^e siècle: la réserve des

(1) *Arch. de l'H.-D.*, p. 49 (1213): Guy, fils de Geoffroy de Vert, contredit une vente faite par son père à l'Hôtel-Dieu, alors qu'il était encore mineur; finalement, il l'approuve moyennant 70 livres; *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 212 (1227): des pleiges promettent de procurer l'assentiment du fils du vendeur parvenu à sa majorité. — Ces actes, toutefois, ne sont pas très probants dans le sens indiqué, car il s'agit d'enfants dont les droits éventuels aux propres de leur père ou mère ont été beaucoup plus énergiquement sanctionnés que ceux des parents plus éloignés. En 1169, le frère d'un vendeur promet de fournir toute garantie, dans l'année où il sera fait chevalier: *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 47. La même année, les deux fils d'un chevalier confirment une vente faite par leur père au nom de leur oncle, chanoine; l'un d'eux est déjà chevalier; le second, *nondum miles*, s'engage à garantir la vente dans l'année de son accession à la chevalerie et un mois après la sommation qui lui en sera faite: *ibidem*, I, p. 50. De tels engagements ont un caractère très net d'expédients: les enfants étant encore mineurs au moment de l'acte, ne peuvent valablement s'obliger à le confirmer lors de leur majorité.

quatre quints et le retrait lignager fourniront une transaction définitive entre les droits traditionnels de la famille et les exigences légitimes d'une propriété individuelle solidement constituée.

§ 3. — LA COMPAGNIE CONJUGALE

C'est dans ce milieu de larges pratiques communautaires, profondément attaché à la défense et à la conservation des biens familiaux, que va s'élaborer le droit des gens mariés. Dans ce domaine comme dans les autres subsistent naturellement des traditions, des habitudes juridiques remontant au droit franc. Je me suis interdit de les rechercher, après tant d'autres (1), et je suis d'ailleurs convaincu que la force créatrice du pur droit coutumier, qui s'est exercée avec une spontanéité toute particulière dans ce ressort, suffit à rendre compte de l'évolution générale qui s'est produite là, en étroite liaison avec les coutumes familiales. Il suffit d'interroger les chartes qui sont plus abondantes et d'enregistrer méthodiquement leurs témoignages.

On doit faire tout d'abord une importante constatation : la femme, en se mariant, apporte d'ordinaire des biens immobiliers qui lui sont remis par ses parents, en représentation de sa part dans l'actif du groupe familial qu'elle quitte définitivement et où elle perd tout droit de succession. Au début du XI^e siècle, Guérin de Paris, chevalier, plaide devant le roi au sujet de droits de voirie, à Antony, qui lui ont été apportés par sa femme Hersent (2). Un acte de la fin du XI^e siècle mentionne une dîme qui a été donnée *in maritalu* à une femme, du nom d'Adèle, par son père Hugo (3). Un acte du milieu du XII^e siècle qualifie de *proprium matrimonium* les biens ainsi apportés par la femme en mariage (4). En 1160, Robert de Saint-Merry donne à Saint-Lazare, où entre sa femme, sans doute lépreuse, un cens qui fait partie du *maritagium* de cette femme (5). De nombreux textes, depuis la fin du XI^e siècle, attestent que cet apport appartient à la femme *de sua*

(1) Je me borne à renvoyer à Viollet, p. 773, Brissaud, p. 1698 et s., et surtout aux travaux de mon regretté maître Charles Lefebvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, t. I, *Introduction Générale*, et t. III, *le Droit des gens mariés*, 1906 et 1908.

(2) *Chartes de Saint-Germain des Prés*, n° 49 (1025-1030) ; cf. Depoin, *Chartes de Saint-Martin des Champs*, I, p. 8, n. 6.

(3) *Liber test.*, p. 52 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 69.

(4) *Cart. de Longpont*, n° 135 (vers 1146) ; cf. *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 292 (1177).

(5) *Cart. de Paris*, n° 415 ; cf. de Manneville, *P. J.*, p. 80 (1188) ; *Arch. de l'H.-D.*, p. 22 (1197).

hereditate ou *jure hereditario* (1). C'est donc bien sa part dans l'actif familial qu'elle apporte ainsi en se mariant. On peut dire que la notion de propre de la femme remonte aux plus lointaines traditions du droit coutumier. Et cette habitude de doter les filles qui se marient se rencontre dans toutes les classes, même chez les serfs. Au début du XII^e siècle, et probablement pour faciliter un mariage, Philippe I^{er} donne au chapitre de Notre-Dame sa serve Hildegarde *cum omni fructu qui ex ea erit et cum omni substantia, a patre sibi data* (2); il est possible, d'ailleurs, qu'il s'agisse ici seulement d'une dot mobilière, mais un acte bien caractéristique du milieu du XII^e siècle témoigne de cette coutume de doter les filles, même dans les milieux les plus modestes : Eudes, serf de Saint-Germain-l'Auxerrois, à Créteil, n'ayant pas, à cause de son extrême pauvreté, les moyens de doter sa fille (*maritare*) obtient du doyen son affranchissement qui lui permettra d'épouser un serf de Notre-Dame (3).

Si le mari vit encore en communauté avec ses parents, le *maritagium* de la femme s'ajoute au patrimoine commun, au début peut-être en pleine propriété, puis en jouissance seulement; il est géré, dans ce cas, par le chef de la communauté familiale et il ne peut être question d'un vrai régime juridique entre époux; le mari et la femme constituent seulement une tête dans la communauté en vue d'un partage futur. Mais souvent, sans doute, et au moment même de son mariage, le mari quitte la communauté familiale, recevant une dot qualifiée elle aussi de *maritagium* (4), et les deux époux forment ainsi un foyer séparé. Alors vont s'élaborer entre eux des rapports juridiques auxquels la coutume donnera une précision croissante mais qui, au début, se modèleront assez exactement sur ceux qui existent entre les membres de la communauté familiale. Leurs biens vont se trouver confondus en fait; il y a eu peut-être au début co-propriété, mais les deux groupes familiaux distincts auxquels appartenaient les époux ont dû réagir pour conserver des droits sur les biens propres et, très

(1) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 44 (1093); *Cart. de Longpont*, n° 79 (vers 1100); *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 122 (vers 1108); *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 403 (1167); I, p. 51 (1177); *Arch. de l'H.-D.*, p. 2 (1167).

(2) *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 448 (1101).

(3) *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 177 (vers 1150): *non habens vero unde aliquomodo eam maritare posset...; pater vero, pre nimia paupertate illam aliter maritare non poterat*. Un acte déjà cité du même recueil, I, p. 316 (vers 1190), montre que la coutume de doter les filles en terre était courante chez les roturiers, *suprà*, p. 143, n. 4.

(4) V. dans ce sens un acte d'ailleurs plus récent du *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 163 (1256).

tôt sans doute, la communauté des propres, entre époux, a dû se limiter à la jouissance ; les revenus de ces propres servent aux besoins du ménage, sans distinction de provenance. C'est là une donnée toute simple, toute naturelle, même si elle n'avait pas été suggérée par la pratique des communautés familiales. La communauté conjugale apparaît ainsi comme une communauté familiale réduite, plutôt que comme une société selon la technique moderne.

De même la gestion de ces biens propres appartient principalement au mari, comme la gestion du patrimoine communautaire appartenait principalement au chef de la communauté familiale. On ne peut douter de la survivance, dans cette rude société du haut moyen-âge, des traditions anciennes d'une puissance ou autorité appartenant au mari comme au chef de famille. Mais ni l'un ni l'autre n'avaient une autorité entièrement absolue ou arbitraire ; elle était nécessairement tempérée par la vie en commun d'abord et par cette idée acceptée de tous que la gestion devait être conduite honnêtement dans l'intérêt de tout le groupe. En ce qui concerne les actes courants d'administration dont les textes n'ont pas coutume de conserver le souvenir, nous sommes réduits aux conjectures. Mais, dès qu'il s'agit d'actes de disposition, nous constatons, à côté de l'action prépondérante du mari, l'intervention des autres membres du groupe familial, la femme d'abord et les enfants ensuite ; et ces interventions se rencontrent aussi bien en ce qui concerne les propres du mari que ceux de la femme ; c'est avec l'arrière-pensée de dégager plus méthodiquement les précédents d'institutions tout à fait formées au XIII^e siècle que j'introduis cette distinction étrangère aux chartes et parfois difficile à appliquer.

Aux yeux des tiers, les époux forment un groupe inséparable et, pour les actes graves, on traite normalement avec les deux, conjointement. Ainsi, vers 1006, un fief est concédé à Hugues et à sa femme, leur vie durant (1). Vers 1045, un accord intervient entre l'évêque de Paris, d'une part, Albert, chevalier, et sa femme, d'autre part, *de potestate Steuville* (2). Vers 1085, Guy de la Ferté et sa femme Adélaïde donnent toutes les coutumes qu'ils possèdent sur le même domaine (3). En 1006, Ansoud de Paris et sa femme Reitrude donnent deux domaines à Saint-Denis de la

(1) *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 330.

(2) *Ibidem*, I, p. 323.

(3) *Ibidem*, I, p. 324.

Châtre (1). On pourrait multiplier les exemples de cette action conjointe des époux s'appliquant à des biens dont la nature n'est pas précisée, qui ont peut-être été acquis en commun, mais qui appartiennent aussi peut-être à l'un ou l'autre des époux (2). Les rédacteurs d'actes ne jugent pas nécessaire de donner des indications sur ce point, car la provenance du bien n'a pas d'influence sur les règles concernant sa disposition : dès qu'il s'agit d'aliéner le bien dont jouissent en commun les époux, leur intervention conjointe, sous une forme quelconque, est exigée, tout comme est exigée l'intervention des enfants.

Voici quelques exemples se référant très probablement à des biens propres au mari : vers 1079, Henri Roussel donne un cens avec l'approbation de sa femme, de leur fille et de leur gendre, *et omnibus qui calumniam inferre potuerunt* (3) ; en 1093, deux frères donnent à Saint-Martin, avec le consentement de leur femme et de leurs fils (4), une terre qu'ils ont achetée en commun ; il faut bien observer sur cet acte, déjà cité, que l'acquisition a été faite par les deux frères seuls, sans qu'il soit mention de leur femme. Au milieu du XII^e siècle, Gervais de Torote vend à Saint-Lazare trente sous de cens, dans le cens commun de Saint-Laurent ; sa femme confirme la vente et reçoit vingt sous ; quatre sous seulement paient l'approbation de ses fils (5). Quelques chartes ne font mention que du consentement de la femme (6) ; il est probable que le ménage est sans enfant ; de même, en cas de veuvage du mari, on ne rencontre que l'intervention des enfants (7). En 1195, Hugo et sa femme vendent au chapitre de Notre-Dame deux arpents de pré ; leur fils et leur gendre se constituent fidé-

(1) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, nos 4 et 5.

(2) *Liber test.*, pp. 25-27 (1096) : Payen de Meulant et Jourdain, sa femme, font un don à Saint-Martin des Champs *de possessionibus suis* ; cf. p. 28 (1079-1096) ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 2 (1118) : Simon de Gomez donne une terre aux moines, *uxore sua Hersende non solum assentiente sed ut hoc faceret adnilete et admonente* ; *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 265 (1121) ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 12 (1156) ; *Cart. de la Roche*, n° 2 (1201) et n° 7 (1237).

(3) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 17.

(4) *Liber test.*, pp. 21-22 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 44 = *Cart. de Paris*, n° 110. Cf. *suprà*, p. 154, n. 3.

(5) *Cart. de Paris*, n° 376 (1152-1153) ; joignez *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 31 (vers 1168).

(6) *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 47 (1169) ; I, p. 48 (1170) ; II, p. 355 (1195).

(7) *Liber test.*, p. 7 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 59 (fin du XI^e siècle) ; *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 50 (1169) ; I, p. 49 (1190) ; I, p. 412 (vers 1193) ; *Chartes de Saint-Germain des Prés*, n° 138 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 391 = *Cart. de Paris*, n° 462 (1166-1167) : Pierre, fils d'Aléaume, revendique une maison vendue par son père à Saint-Martin ; mais il est prouvé, en jugement, qu'il avait promis de garantir la vente ab

jusseurs, ce qui est un moyen indirect de donner leur approbation à la vente (1). Dans tous ces actes, l'intervention de la femme et des enfants n'est pas motivée : la pratique des communautés familiales suffit à l'expliquer ; les communautaires qui, pour la gestion courante, s'en remettent au chef du groupe, doivent intervenir dès qu'il s'agit d'une aliénation. Cependant, dès le XII^e siècle, le consentement de la femme à l'aliénation d'un propre de son mari est motivé par son droit au douaire sur le bien en question (2). Il n'est pas douteux, en effet, que le douaire, qui se relie aisément à de lointains précédents de l'époque franque, n'a pas cessé d'être pratiqué pendant le haut moyen-âge ; mais, sauf le cas d'une constitution expresse du douaire sur un bien déterminé du mari, on ne semble pas avoir considéré, avant la fin du XII^e ou le début du XIII^e siècle, que le droit au douaire portant sur l'ensemble des propres du mari justifiait en tout état de cause l'intervention de la femme en cas d'aliénation (3). Cette justification technique nouvelle n'a d'ailleurs fait que confirmer la pratique ancienne, à une époque où se dégagait toujours mieux la notion du droit de disposition attaché à la propriété. De même, il eût été impossible de maintenir au delà du XIII^e siècle la nécessité de l'intervention des enfants, si l'on n'avait dégagé à cette époque la notion précise du douaire des enfants. La variété des procédés techniques employés du XI^e au XIII^e siècle ne doit pas cacher la continuité de dessein de la coutume parisienne : puisqu'il a fallu permettre l'aliénation des propres du mari, du moins entend-on en conserver le plus qu'il se pourra

omni calumnia et qu'à ce moment *ad annos discretionis pervenisset et ad ulte etatis esset* ; la vente est validée et confirmée par la fille d'Aléaume et son mari ; *Arch. de l'H.-D.*, p. 49 (1213) : Guy, fils de Geoffroy de Vert, contredit une vente faite par son père à l'Hôtel-Dieu, alors qu'il était encore mineur ; finalement, il donne son approbation moyennant soixante-dix livres.

(1) *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 53 (1195).

(2) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 1 (1118) : Simon de Néaufle donne une terre aux moines de Savigny *concedente uxore sua Eva, ad cujus dotaticium pertinebat locus ille*. Il s'agit sûrement d'un douaire expressément assigné sur ce bien.

(3) Le premier exemple que j'aie relevé est de 1189, *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 284 ; cf. *Chartes de Saint-Germain des Prés*, n° 296 (1200) ; je citerai en m'occupant du douaire de nombreux exemples du XIII^e siècle. La renonciation au douaire contenue dans une charte de la première moitié du XII^e siècle, *Chartes de Saint-Germain des Prés*, n° 100 (1116-1145), a une signification différente : un serf de Saint-Germain a engagé toutes ses possessions à deux marchands de Paris, pour un prêt de dix livres ; après sa mort, sa femme, accablée de dettes, obtient encore huit livres sur les mêmes biens, *nichil sibi nec etiam dotem retinens*. Par contre, la renonciation au douaire de la femme et des enfants apparaît clairement, à mon sens, dans un acte de 1239, *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 227 : le fils et la femme approuvent la vente *et quitaverunt quicquid in dicto molendino jure hereditario seu nomine dotis habebant vel habere poterant*.

dans l'intérêt de la veuve et des enfants ; partout cette puissante notion de la conservation des biens familiaux survit au déclin des pratiques communautaires.

Nous pouvons faire des constatations analogues en ce qui concerne les propres de la femme, tout en observant mieux, en même temps, le rôle exact du mari dans le ménage. Très souvent, les époux agissent conjointement, comme lorsqu'il s'agit d'un propre du mari. Ainsi, vers 1108, Adam Payen et Béatrix, son épouse, donnent une vigne à Saint-Martin des Champs ; Béatrix effectue la tradition symbolique sur l'autel, parce que la vigne est *de ejus hereditate* (1). En 1167, Beaudouin de Courcelles et sa femme Adeline vendent des maisons propres à cette dernière (2). On pourrait multiplier les exemples (3). Parfois, c'est la femme qui effectue l'aliénation, avec l'assentiment formel de son mari : ainsi, vers 1100, une femme nommée Emeline donne à l'abbaye de Longpont, avec le consentement de son mari, quatre arpents de terre de son *hereditas* (4). Il n'est même pas indispensable que l'assentiment du mari soit donné au moment même de l'acte. A la fin du ^{xiii}^e siècle, alors que son mari était à la croisade, une femme a échangé un de ses propres avec les moines des Vaux de Cernay. Le mari, à son retour, approuve l'aumône et l'échange effectués par sa femme (5). La coutume exige seulement l'accord véritable des époux, quelle que soit la forme sous laquelle il se manifeste.

Certains actes, cependant, paraissent impliquer une conception un peu différente. Le prévôt Thiebert, premier mari d'Aveline, a approuvé une donation faite par sa femme, de ses propres ; cependant Gautier, chevalier, second mari d'Aveline, intente une *calumnia* à laquelle d'ailleurs il renonce, sur les instances des moines (6). Le gendre du même Thiebert renonce à une *calumnia* dirigée contre une donation faite par son beau-père, tout comme s'il lui appartenait d'exercer seul les droits de sa femme (7). Nous

(1) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 122.

(2) *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 403.

(3) *Arch. de l'H.-D.*, p. 2 (1167) ; *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 71 (1164) ; II, p. 292 (1177) ; I, p. 51 (1177) ; I, p. 52 (1160-1196). — Parfois, l'aliénation est effectuée par le mari seul, avec l'approbation expresse de la femme, *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 45 (1181) ; Galeran de Galardon, avec l'approbation de son épouse Idoine, vend à l'évêque une rente qu'il avait *de parte uxoris sue* ; *ibidem*, II, p. 202 (1223).

(4) *Cart. de Longpont*, n° 79 ; n° 80 (vers 1100) ; n° 135 (1146).

(5) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 103 (1195).

(6) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 44 (vers 1093).

(7) *Ibidem*, n° 46 (vers 1093) ; en 1179, le mari renonce, avec l'assentiment de sa femme, à des coutumes propres à cette dernière : *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 291.

rencontrons même, dans la région du Vexin, il est vrai, des actes nous montrant le mari disposant seul des propres de sa femme (1); on peut admettre ici l'influence des habitudes normandes (2); mais il faut surtout observer que, si la mari agit seul, il n'agit pas moins dans l'intérêt de sa femme et avec son assentiment (3). La coutume est plus attentive sans doute à cet accord fondamental qu'à des nuances de technique dans la rédaction des actes. Il est bien certain que le mari n'a nullement à sa disposition les propres de sa femme; mais il est également certain que la femme ne pourrait, d'aucune manière, disposer de ses droits sans le concours de son mari ou son assentiment donné dans une forme quelconque (4).

L'intervention des enfants n'est pas moins nécessaire. En 1094, Heudiarde de Gonesse a donné sept arpents de terre aux moines de Saint-Martin des Champs, avec l'assentiment de ses deux fils et de ses deux filles, *heredes scilicet possessionum matris sue* (5). En 1118, les trois fils et la fille de Simon de Néaufle approuvent la donation d'une terre appartenant à leur mère (6). Ce droit d'intervention va si loin qu'à la fin du XI^e siècle les moines de Saint-Martin des Champs font confirmer par Manassés les dons faits par sa trisaïeule Eve (7). A défaut d'un assentiment formel, les enfants peuvent intenter une *calumniā*, même du vivant de leur mère (8). Ce droit d'intervention appartient également aux

(1) De Manneville, *P. J.*, pp. 80 et 115, actes de 1188 et de 1214 concernant la famille noble des Valengoujard; *Collection de Vexin*, 14, f^o 15 (1202).

(2) On sait qu'en droit normand, au XIII^e siècle, le mari peut librement disposer du *maritagium* de sa femme, mais, à sa mort, cette dernière est certaine d'obtenir la restitution de son propre par le bref de mariage encombré: *Très ancien Coutumier de Normandie*, 4, 1; *Summa de legibus*, 100.

(3) Dans l'acte de 1188 cité *suprà*, le mari déclare qu'il a acheté une dime avec les deniers provenant du *maritagium* de sa femme. Par l'acte de 1202, le mari donne à sa femme une maison et une cour pour remplacer ce qu'il a donné à Saint-Nicaise de Meulan; dans l'acte de 1214, la femme réclame six arpents de son *maritagium* que son mari a vendus; le mari s'engage à lui racheter une terre *ad restitutionem maritagi*.

(4) Dans de nombreux actes où la femme intervient pour approuver une aliénation comme fille ou parente, le mari figure à côté d'elle. V., par exemple: *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 284 (1189); *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 31 (vers 1168). Nous rencontrons la forme même de la future autorisation maritale dans un acte des environs de 1130, *Cart. de N.-D. de Paris*, III, p. 353: une donation est approuvée par la nièce du donateur *assensu mariti sui*.

(5) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n^o 50.

(6) *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 1 (1118). Autres exemples: *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 71 (1164); I, p. 51 (1177). En 1236, *Cart. de Saint-Spire*, p. 77-78, deux enfants approuvent une donation faite par leur mère et promettent de la garantir *ad usus et consuetudines Francie*.

(7) *Liber test.*, p. 111 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n^o 92 (1084-1102).

(8) *Liber test.*, p. 23 (début du XII^e siècle): Agnès et Adebrand, son mari, ont donné à Saint-Martin des Champs la moitié des moulins de Dugny;

enfants du premier lit à l'égard d'une aliénation effectuée par leur mère remariée (1). On ne peut manquer de retenir ces précédents quand on retrouvera aux XIII^e et XIV^e siècles, dans l'indisponibilité des propres de la femme, une institution si exactement parallèle au douaire des enfants. Ici encore, le droit évolué apportera des précisions et des techniques nouvelles mais restera bien dans l'esprit de la très ancienne coutume, affirmant le droit de tous les membres de la famille à intervenir lorsque leur propriétaire actuel entend disposer des biens familiaux (2).

La protection des propres des époux est ainsi bien assurée. Mais il est beaucoup plus difficile de suivre le sort des meubles et des acquisitions réalisées pendant le mariage. Quant aux meubles, on peut admettre qu'ils se sont en fait confondus pendant la vie commune ; mais on hésitera davantage à conclure de cette confusion à un partage égal entre l'époux survivant et les héritiers du décédé, à la dissolution du mariage. Chaque époux est sans doute présumé avoir des droits égaux sur ce patrimoine mobilier de valeur médiocre et dont il serait difficile, après un certain nombre d'années, et sauf pour quelques objets, d'effectuer une répartition strictement juste ; notamment, chacun des époux pouvait sans doute disposer d'une certaine quantité de ces meubles du ménage pour ses legs pieux, et il est possible que l'on ait fixé à la moitié des meubles cette quotité disponible (3). Mais je doute fort qu'on soit arrivé tout de suite à une vraie communauté des meubles entre les époux impliquant partage par moitié entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé ; il me

longtemps après, mais encore du vivant d'Agnès, *filius ejus Rainerius calumpniatus est monachis Sancti-Martini donum matris sue* ; *Cart. de Longpont*, n° 20 (vers 1136) : une femme a donné aux moines une rente en blé, du consentement de son mari et de son frère ; son fils veut faire annuler la donation, mais il s'accorde avec les moines.

(1) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 16 (vers 1073) ; *Chartes de Saint-Martin de Pontoise*, n° 21 (avant 1092) : Raoul de Bazincourt, sa femme et ses beaux-fils ont donné une terre aux moines ; quelques années après, Baudouin, l'un des beaux-fils, revendique cette terre, mais il reconnaît enfin, avec larmes, que sa demande est injuste, et il fait de nouveau tradition de la donation.

(2) On aura remarqué que de nombreux textes cités dans les pages précédentes mentionnent à la fois, et sur le même plan, l'intervention des époux, des enfants et des collatéraux et autres parents. Je les ai analysés séparément en vue d'élucider l'origine d'institutions qui deviendront très différentes, mais il n'est pas douteux qu'aux XI^e et XII^e siècles une idée commune détermine ces diverses interventions.

(3) On peut l'induire d'un acte du début du XII^e siècle, *Cart. de Longpont*, n° 63 : un certain Lebert donne aux moines tout ce qu'il possède, *domum suam, frumentum et vinum, vineas et omnia suppellectilia*. Sa femme approuve la donation, *excepto quod medietatem retinuit in vita sua*. Il peut s'agir du douaire sur la maison et les vignes si elles sont propres au mari, mais, pour les meubles, il s'agit d'une notion différente.

Ch. de St Martin des Ch., n° 693 (1209-1210). Le prieur de Gournay concède à 2 époux une rente en blé et en légumes secs ; la rente sera diminuée de moitié à la mort du 1^{er} et la moitié des meubles ira au prieur. À la mort du 2^e la rente s'éteindra et le prieur aura tous les meubles [14.1.27]

paraît plus probable que le conjoint survivant avait primitivement à sa discrétion tout ce qui subsistait des meubles, après l'acquit des dettes et des legs pieux du décédé (1) ; le préciput du conjoint noble, que nous constaterons au ^{xiv}^e siècle, me paraît une survivance d'un régime autrefois général et d'ailleurs naturel. Si la coutume parisienne a pris finalement pour les meubles une direction différente, c'est qu'elle a été influencée sans doute par les solutions admises quant aux conquêts immeubles.

Très rares sont les mentions anciennes dans les textes parisiens des conquêts immeubles ; aux époques de stagnation économique du haut moyen-âge, les occasions d'acquérir étaient rares, comme l'étaient les aliénations hors de la famille ; les époux recevaient des libéralités de leurs parents, ou leur succédaient, et ces biens de famille formaient sans doute l'essentiel de leur patrimoine. Il est possible aussi que leurs acquisitions personnelles, en dehors de la famille, n'aient pas été nettement distinguées, au début, de leurs propres ; j'ai constaté déjà que des actes anciens assez nombreux nous montrant le concours des époux ne précisent pas la nature des biens aliénés, comme si conquêts et propres étaient astreints aux mêmes règles (2) ; d'autre part, et jusqu'à une époque assez récente, on subordonne l'aliénation des conquêts à l'approbation des enfants du mariage, comme aussi de certains parents (3).

Le vague dans la rédaction des documents s'explique sans doute par l'incertitude de la coutume. On remarquera d'ailleurs que, dans le cas normal d'un mariage avec enfants, il n'est pas très important de préciser la nature des biens qui sont communs en jouissance entre les époux : tous ces biens, propres et conquêts, sont finalement destinés à revenir aux enfants, et la principale affaire est qu'ils ne sortent pas de la famille. En l'absence d'enfants, la question devient plus délicate car, si les propres vont sans difficulté à la famille d'où ils viennent, les deux familles peuvent également prétendre aux biens acquis pendant le mariage ; l'idée d'un partage par moitié devait venir tout naturellement à l'esprit dans cette hypothèse et elle fournissait également une solution équitable en faveur du conjoint survivant,

(1) Il faut songer aussi au partage par tiers des meubles usité dans certaines coutumes, par exemple en Bretagne : un tiers pour le survivant, un tiers pour les enfants, un tiers pour les libéralités pieuses du décédé (part du mort) ; je n'ai trouvé aucune trace de cette combinaison en droit parisien.

(2) V. *suprà*, p. 162.

(3) *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 197 (1189) ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 544 (1254).

(1.) Baillemer, *Exécution test.*, p. 304 et s. cite beaucoup de textes montrant que le conjoint survivant est l'exécuteur testamentaire normal du conjoint prédécédé. [15.2.27]

quand se désagrégea peu à peu même le groupe élémentaire des parents et des enfants. Les chartes ne peuvent guère nous éclairer sur cette évolution ; on aperçoit cependant assez tôt l'idée d'un partage par moitié. Vers 1085, Ermesende, femme de Roger de Saint-Cloud, donne à Saint-Martin des Champs, à son lit de mort, trois arpents de vignes situés à Clamart (1) ; son mari approuve la donation mais retient pour lui la moitié des dites vignes, qui feront retour au monastère, à sa mort, et il lui paie un cens reconnaissant ; il s'agit sans doute d'un ménage sans enfant et d'un bien acquis par les époux, car aucun parent n'intervient. On peut aussi interpréter en ce sens un acte du début du XII^e siècle, déjà cité, où une femme retient, sa vie durant, la moitié des meubles et des immeubles donnés par son mari mourant aux moines de Longpont (2). Le fait que, dans les deux cas, l'époux survivant recueille seulement l'usufruit ne signifie nullement que les conquêts lui sont attribués à titre de gain de survie : il s'associe à la libéralité faite par son conjoint et jouit comme lui d'un droit ferme sur les biens.

Mais voici un acte très clair du milieu du XII^e siècle prouvant qu'à cette époque on est bien arrivé à la vraie notion du conquêt de communauté appartenant par moitié à chacun des époux, à titre de part d'associé et non pas seulement comme gain de survie. Reine, femme de Raoul de Jagny, confirme un don fait par son mari à Saint-Martin de Pontoise : *ipsius etenim feodi medietas pertinebat ad eam pro eo quod Radulphus et ipsa simul adquisierant illum* (3). Vers 1160, deux époux donnent ensemble, à Saint-Martin des Champs, un four qui provient *de adquisicione ipsorum* (4). En 1201, Alix de Gif donne à l'Hôtel-Dieu sa part dans un achat fait, près de Vélizy, par elle et son mari défunt (5). Au XIII^e siècle, on trouve de fréquentes mentions des conquêts de communauté et la jurisprudence en précise la notion. Il est probable que la constitution définitive, à cette époque, de la théorie de la quotité disponible, en élaborant la notion d'acquêts de

(1) *Liber test.*, p. 81 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 27.

(2) *Cart. de Longpont*, n° 63 (vers 1100). V. *supra*, p. 166, n. 3. — En 1136, Louis VI concède des vignes à Obizon, médecin, sous la condition que sa femme, tant qu'elle vivra, en aura les fruits : *Cartons des Rois*, n° 420. Il s'agit, sans doute, d'une concession viagère pour rémunérer des services rendus ; il paraît tout simple que la femme soit associée à la libéralité ; au XIII^e siècle, nous constaterons que les dons rémunératoires sont considérés comme des conquêts de communauté.

(3) *Chartes de Saint-Martin de Pontoise*, n° 123 (1151-1161).

(4) *Cart. de Paris*, n° 419 ; *Cart. de N.-D. de Paris*, II, p. 97 (1189) : deux époux donnent au chapitre le tiers d'une dime qu'ils avaient acquise.

(5) *Arch. de l'H.-D.*, p. 28.

succession, a contribué à la formation du concept de conquêts de communauté. Puisque la conservation dans la ligne des biens familiaux était assurée, on pouvait laisser les époux se partager les conquêts et disposer librement de leur part pour leurs libéralités pieuses.

C'est ainsi qu'apparaissent les diverses idées qui serviront à construire la communauté conjugale du XIII^e siècle. La compagnie conjugale, dès qu'elle s'organise à part, copie la compagnie familiale, dont elle n'est qu'une réduction : elle a la jouissance la plus large des biens propres des époux, mais elle n'en a pas la propriété, afin que les biens familiaux ne soient pas exposés à changer de ligne au cas où des enfants ne naîtraient pas du mariage. Elle comprend aussi, sans restriction, la propriété des meubles des époux, affectés normalement au paiement des dettes et à l'acquit des libéralités pieuses de chacun des époux, mais on n'a pas encore déduit nettement de cette communauté la conséquence d'un partage égal, en propriété, entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé. Cette idée d'un partage égal a dû s'introduire plus promptement en ce qui concerne les conquêts immeubles, qui représentaient une valeur plus considérable et dont il importait de régler le sort avec précision lorsque se multiplièrent les possibilités d'acquisition. Enfin, la compagnie conjugale est tout naturellement dirigée par le mari, comme la compagnie familiale l'était par un chef ; mais, selon l'esprit même de ces compagnies, tous leurs membres collaborent sans doute à la gestion, sauf à s'incliner, en cas de conflit, devant la volonté clairement exprimée du chef. En tout cas, dès qu'il s'agit d'un acte de disposition, le mari ne peut rien faire sans l'assentiment de la femme et des enfants, directement intéressés à la conservation des biens familiaux et même des biens acquis. La forme dans laquelle cet assentiment sera donné importe peu et on ne se soucie pas davantage d'en donner une justification juridique. Sans doute, le douaire existe de très ancienne tradition, mais la femme, même remplie de son douaire, ne se désintéressera pas pour cela de l'aliénation des biens du mari ; comme compagne, elle doit souhaiter la conservation du patrimoine dont jouit la compagnie et elle est armée pour l'obtenir dans toute la mesure possible. Et la même idée fort simple, plutôt qu'une notion d'incapacité, l'empêche à son tour de disposer de ses biens sans l'assentiment de son mari, exprimé dans une forme quelconque. Toute cette construction très naturelle dérive d'une pratique ancienne et courante de la communauté familiale avec un chef. Mais les compagnies familiales

déclinent très vite, alors que la compagnie conjugale correspond à une nécessité élémentaire ; ces deux modes d'organisation cessant d'exister parallèlement, la compagnie conjugale va devenir une construction largement originale s'éloignant toujours plus, sous des influences diverses, de son type primitif.

CHAPITRE II

Les communautés familiales

Nous ne possédons pas sur cette question, pour la région parisienne, un document comparable au célèbre chapitre de Beaumanoir qui *parole comment compaignie se fet* (1). Mais nos textes, sans entrer dans les distinctions un peu artificielles de Beaumanoir (2), établissent la survivance, aux ^{xiii}e et ^{xiv}e siècles, des communautés familiales. Il me paraît peu probable que ces communautés soient une simple application d'un principe général selon lequel le seul fait de vivre ensemble pendant an et jour, en mêlant ses meubles, engendrerait, même entre étrangers, une communauté de meubles et d'acquêts. Beaumanoir, sans doute, pose bien ce principe et on en trouve quelques échos dans les textes parisiens (3); mais toutes les applications qui en sont faites se réfèrent à des communautés entre parents. Nous avons, d'autre part, des textes parisiens plus récents qui signalent des précautions prises pour écarter la communauté taisible entre étrangers; ainsi, en 1402, Jehanne La Martine qui a recueilli et nourri, *pour l'amour de Dieu*, une fillette rencontrée errante, dans les rues de Paris, proteste en Châtelet pour que son acte charitable ne puisse

(1) *Cout. de Beauvoisis*, c. 21 et spécialement nos 625 et s. — Sur la question en général, cf. Viollet, pp. 749-752, et Brissaud, pp. 1454-1456. Des travaux comme ceux de Masse, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse Droit, Paris, 1902; Bastid, *De la fonction sociale des communautés taisibles de l'ancien droit*, thèse Droit, Paris, 1916; Siesse, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse Droit, Paris, 1922, peuvent bien fournir des aperçus sociologiques, ou des renseignements de technique juridique sur la fameuse *propriété en main commune*; mais ils ne peuvent aucunement servir à la description des communautés familiales en droit parisien.

(2) On sait que Beaumanoir indique successivement: les compagnies par mariage (n° 622); de marchandise (n° 623); par convenances (n° 624); par communauté de vie prolongée (n° 625) et, enfin, les compagnies entre veufs remariés et les enfants de précédents lits (n° 628).

(3) *Cout. de Beauvoisis*, n° 625, mais les exemples donnés se réfèrent à *de pobres parents*; allégations de Jean Canard dans *Notes d'audiences*, 40, pour Laon, le Vermandois et Paris; mais, après explications avec Oudard des Moulins, les deux avocats s'entendent pour interpréter la coutume en ce sens, au moins à Paris et dans la vicomté: si entre parents et enfants la succession commune n'est pas partagée, la communauté s'établit sans accord; si elle est partagée, il faut une convention expresse.

fonder un jour quelque réclamation de *part ou communauté en ses biens par longue demeure, qui seroit contre raison* (1). Mais de telles précautions paraissent bien surabondantes et, en admettant même que le principe général de la communauté taisible ait rencontré, dans la pratique, quelque crédit, il y faudrait voir plutôt, à mon sens, une extension maladroite du principe des communautés familiales, que la source primitive de ces communautés. Et, à la fin du xiv^e siècle, à Paris, les coutumiers inclinent à ne reconnaître qu'elles (2).

Dès 1294, une consultation encore inédite du Parloir aux Bourgeois atteste que compagnie se fait entre frères qui restent après le décès de leur père et mère, sans partager leurs biens (3); les bourgeois consultés citent de nombreux exemples de ces compagnies entre frères et un exemple entre cousins. Il est remarquable que ce texte ne parle pas des sœurs qui, sans doute, ont quitté la famille après avoir été convenablement dotées; mais il est certain que la compagnie s'établirait aussi, le cas échéant, entre frères et sœurs restés au foyer. A la même époque, dans la ville de Paris, une rigoureuse notion, déjà signalée (4), de la puissance paternelle exclut toute communauté entre le conjoint survivant et les enfants du mariage (5); le père ou la mère deviennent propriétaires de toutes les acquisitions réalisées par les enfants *en sele*; le concept de puissance maintient la stricte unité du patrimoine familial. Mais c'est là coutume propre à la ville de Paris. Un arrêt des *Olim* précise, en 1317, que dans la vicomté, en dehors de la banlieue, et spécialement dans les châtelainies de Châteaufort et de Gometz, la communauté s'établit par an et jour d'habitation commune entre le père et le fils, après le décès de la mère (6). Des textes à peu près contemporains confirment

(1) Fagniez, *Répertoire*, n° 30; ajoutez *Arch. nat.*, Y 5222, f° 189 (29 nov. 1399): deux époux acceptent d'élever pour Dieu, jusqu'à 12 ans, une orpheline de 3 ans, sans aucune ressource, mais ils protestent en justice contre toute communauté qu'elle pourrait réclamer.

(2) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 107; cf. f° 110. Le *Gr. Cout.*, p. 371, pose le principe de la communauté par an et jour pour les *conjointes ou affins*. Si le texte est correct, comme tend à le faire croire l'accord des bons mss., il y aurait là une généralisation hardie et d'ailleurs inexacte de J. d'Ableiges, que le ms. Vatican 4790, f° 19, a rectifiée en supprimant le mot *conjointes*; d'autres mss. ont mis *cousins et affins*. En tout cas, le texte prouve que les communautés taisibles ne se réalisent pratiquement qu'entre parents.

(3) Ms. fr. 5900, f° 28 v°.

(4) T. I, p. 152.

(5) *Sent. du Parloir aux Bourgeois*, p. 120; cf. Choppiñ, *de mor. Paris.*, II, I, 31.

(6) *Olim*, III, p. 1176, n° LXXVIII.

cette indication : une charte de 1302 fait allusion à une communauté ayant existé entre le père et la mère de Guillaume d'Auneau, son aïeul, et la seconde femme de cet aïeul (1) ; cette communauté à trois têtes florissait probablement vers le milieu du XIII^e siècle ; en 1292, en dehors de la vicomté de Paris, un père et ses enfants partagent les biens communs entre eux devant le clerc de la châtellenie de Gallardon (2).

Cette opposition entre la coutume de la ville et celle de la vicomté de Paris disparut promptement au cours du XIV^e siècle, mais dans des circonstances qui nous échappent. Au début du XIV^e siècle, sans doute, Marie la Marcelle, de la célèbre famille parisienne des Marcel, avait épousé Etienne Bourdon du Pois (3) ; devenue veuve et ayant des enfants du premier lit, elle épousa Geffroy Coquatrix (4), aussi bourgeois de Paris, activement mêlé aux opérations financières des derniers Capétiens directs, jusqu'à sa mort, survenue en 1322 au plus tard ; elle en eut aussi des enfants, ainsi que de son troisième mari, Jean Billouart. Nous savons pertinemment que les rapports d'intérêts existant entre toutes ces personnes n'étaient pas liquidés à la mort de Marie la Marcelle et de son troisième mari, survenue avant 1340, et le roi se contenta de transiger avec tout le groupe, moyennant une restitution de 15.000 livres tournois, à répartir entre chacun selon sa part héréditaire (5) ; mais nous ne savons pas si une vraie compagnie avait existé entre les ménages successifs de Marie la Marcelle et ses enfants des différents lits. Par contre, en 1342, le principe de la compagnie entre le conjoint survivant et les enfants du mariage fut affirmé, pour Paris, devant le Parlement, et admis sans ambiguïté (6). Et, à la fin du XIV^e siècle, aucun doute ne peut s'élever à cet égard : les enfants font compagnie avec le sur-

(1) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 1004.

(2) *Ibidem*, n° 920. Un arrêt de 1304, *Olim*, II, p. 473, n° X, nous montre une communauté à trois têtes existant, dans la seigneurie de Chevreuse, entre un certain Vincent de Montreuil et les enfants nés de ses deux épouses successives.

(3) Cf. Viard, *Doc. parisiens*, nos 69, 138-139, 152, 237-241, et les notes ; *Journaux du Trésor de Charles IV*, p. 18, n. 1 et 2.

(4) Geffroy Coquatrix était déjà veuf, probablement de Jeanne Gencien, mais il ne semble pas qu'il y ait eu d'enfants de ce mariage.

(5) Viard, *Doc. parisiens*, nos 237-241.

(6) *Arch. nat.*, X^{1A} 8, f° 220 (13 avril 1342) = Furgeot, n° 4086 : Jean de Bellemont s'est marié trois fois ; il a eu plusieurs enfants de sa première femme ; une fille, Sédille, de la seconde ; il a enfin épousé Adeline et est mort. Les tuteurs de Sédille réclament et obtiennent le tiers des meubles communs entre Jean de Bellemont, sa femme Adeline et Sédille, comme héritière de sa mère, selon la coutume notoire à Paris. On peut citer dans le même sens un arrêt du 12 avril 1339, collection Lenain, Ch. des députés,

vivant des père et mère (1), tout comme les enfants orphelins entre eux, et ce sont les compagnies du premier type qui sont de beaucoup les plus fréquentes.

Beaumanoir remarquait expressément qu'en Beauvaisis les compagnies familiales ne se formaient pas entre gentilshommes, à cause des principes différents de la garde (2). Il en était de même dans la région parisienne, et un notable inédit le souligne (3) : le conjoint survivant, comme gardien, fait siens tous les meubles des enfants mineurs, ce qui exclut toute possibilité de compagnie entre eux. Quand les principes de la garde ou du bail n'étaient pas en jeu, entre majeurs, par exemple, rien n'empêchait sans doute, au début, une compagnie familiale entre nobles, et les textes nous ont gardé le souvenir d'une de ces compagnies vers le milieu du XIII^e siècle (4), mais il paraît bien probable qu'au XIV^e ces communautés n'existaient plus en coutume qu'entre bourgeois et roturiers (5).

Le fondement de la communauté est la vie commune avec le mélange des biens meubles continués pendant an et jour (6) ; mais, le plus souvent, il n'y a pas apport distinct de la part des communautaires : la communauté naît parce qu'ils laissent indivis entre eux des biens provenant de leurs parents défunts ; c'était, comme on dit aujourd'hui, une communauté d'héritiers. Et même, d'ordinaire, les biens indivis proviennent du père ou de la mère prédécédé, en sorte que la compagnie nouvelle entre le conjoint survivant et les enfants continue la compagnie conjugale existant jusqu'alors entre les deux époux.

Il est bien probable qu'en principe le maintien de la vie commune était nécessaire pour l'existence de la compagnie qu'elle avait engendrée. Mais on aperçoit, au XIV^e siècle, des déviations

ms. 477, f^o 87, où l'une des parties affirme, sans être contredite, que *de consuetudine notoria patriae quando bona mobilia descendantia a patre et matre remanent penes unum de liberis dictorum defunctorum ex eodem patre et ex eadem matre, conquestus inde fiunt communes inter eos*.

(1) *Gr. Cout.*, p. 365 = *Notables Points*, 37, et p. 371 ; *Ps. Cout. de Charles VII*, pp. 45-46 ; ms. fr. 18110, f^o 71, r^o et v^o.

(2) *Cout. de Beauvoisis*, n^o 629.

(3) Ms. fr. 18110, f^o 71 v^o.

(4) *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 1004, cité *suprà*.

(5) Tous les exemples que nous possédons pour le XIV^e siècle se réfèrent à des roturiers.

(6) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 19 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 110. Il faut qu'il s'agisse bien d'une vie commune, avec association véritable de ressources ; la communauté est exclue si le parent est reçu comme locataire ou paie pension : ms Vatican 4790, f^o 19, précisions très juridiques déjà données par Beaumanoir, n^o 627.

caractéristiques : d'une part, on a tendance à maintenir la compagnie tant que les biens restent indivis, même si les communautaires vivent en fait séparés (1) ; d'autre part, la vie commune, avec juxtaposition des patrimoines mobiliers, n'engendre plus nécessairement la compagnie si un partage ou un simple inventaire a précisé la situation respective des parties (2). Il suffit même, semble-t-il, d'une protestation formelle devant la justice pour écarter la compagnie (3). Elle n'existe plus, en somme, que si l'on peut raisonnablement présumer, d'après l'ensemble des circonstances, qu'elle est conforme aux intentions des parties (4). On va même, dans un cas particulier, mais très pratique, jusqu'à la rendre facultative : si la compagnie s'établit entre le conjoint survivant et les enfants mineurs du mariage, ces enfants peuvent s'en tenir à la part du parent prédécédé fixée par estimation, ou réclamer le bénéfice de la compagnie (5).

Il est possible qu'à l'époque la plus ancienne, ces communautés familiales aient été des communautés universelles (6). Mais, lorsque la coutume eut précisé les droits des héritiers dans le patrimoine immobilier de leurs auteurs, la communauté se réduisit naturellement aux meubles et aux acquêts faits grâce aux éco-

(1) On peut voir à cet égard les extraits que j'ai cités sous mes *Notes d'audiences*, nos 37 à 42 et n° 43, pour une affaire concernant, il est vrai, Laon, mais dans laquelle les avocats invoquent par analogie les usages de Paris ; les demandeurs disent qu'ils ont acquis compagnie avec leur mère et, se il ont demouré à Paris et à Orléans, ce n'est pas pour ce qu'il y aient leur domicile, mais avec leur mère. Le défendeur répond que les demandeurs n'ont point demouré par an et jour après la mort de leur père avec leur mère... et ne souffit pas avoir biens communs avec leur mère. Il faut remarquer aussi, dans cette affaire, qu'on invoque pour exclure la communauté le préciput du conjoint noble survivant, institution qui, comme la garde profitable, était incompatible, là où elle existait, avec la compagnie.

(2) Réserve faite par tous les textes posant le principe, notamment par le *Gr. Cout.*, p. 365 = *Not. Points*, 37 ; ms. fr. 18110, f° 71 v° ; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 19.

(3) *Gr. Cout.*, p. 371 ; exemples de ces protestations : Fagniez, *Répertoire*, n° 29 (1399), pour une petite-fille ; *Sent. du Châtelet*, n° 171 (1407), pour une enfant naturelle ; ces exemples concordent bien avec la solution équitable admise par Beaumanoir, n° 626 : il ne faut pas qu'un parent charitable soit victime de la cupidité du parent pauvre qu'il recueille. Mais le *Gr. Cout.*, p. 371, paraît bien généraliser la solution, ainsi que le ms. Vatican 4790, f° 19.

(4) Dans une affaire de 1342 déjà citée, X^{1a} 8, f° 220, l'une des parties soutient même que la compagnie serait exclue par un arrangement de prendre tous les meubles moyennant une somme déterminée ; cet arrangement équivaudrait, en effet, à partage.

(5) *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f°s 225 v°-226, qui paraît général ; mais le f° 228 restreint l'option nettement au seul mineur : *toutevoies le mineur en son prejudice n'acceptera pas la communauté s'il ne veult, mais ara ce qu'il pourra prouver*.

(6) Un arrêt du 21 juillet 1334, Furgeot, n° 932, mentionne encore entre frères une communauté de tous biens.

nomies ou à l'activité des communautaires (1). Quand la compagnie s'établissait entre le conjoint survivant et les enfants du mariage, elle avait exactement le même actif que la communauté conjugale qu'elle continuait. Nous n'avons aucun renseignement sur le fonctionnement de la compagnie; elle devait se choisir un chef ayant mission de la représenter pour les actes courants de la vie juridique; le conjoint survivant devait, sans difficulté, diriger la communauté continuée; mais, pour les actes graves d'aliénation, le consentement de tous les communautaires était sans doute requis (2).

Le partage pouvait toujours être demandé, car ces compagnies étaient purement facultatives; chaque communautaire ayant fait un apport distinct comptait pour une tête; ainsi, quatre frères vivant en compagnie après la mort de leurs parents partageaient également par quart. Si le conjoint survivant fait compagnie avec les enfants du mariage, ceux-ci ne comptent que pour une tête, comme représentant leur auteur prédécédé (3). Si le conjoint n'établit pas, par un inventaire, la consistance de ce qu'il apporte, une communauté à trois têtes s'établira entre les enfants du premier mariage, le veuf remarié et son second conjoint (4). Ce dernier ne pourra se plaindre si ce règlement tourne à son désavantage, car il avait toujours la possibilité de faire liquider la communauté antérieure, pour vivre, avec son époux, en simple communauté conjugale. Si le nouveau conjoint décède à son tour en laissant des enfants, la communauté à trois têtes subsistera entre le survivant et chacun des deux groupes d'enfants, même si le second conjoint n'a rien apporté, car il a fait compagnie par la vertu seule du mariage, et ses enfants succèdent à ses

(1) La communauté que nous fait connaître un arrêt de 1304, *Olim*, II, p. 473, n° X, est sûrement limité aux meubles et aux conquêts.

(2) On peut induire cette solution du *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 1004 (1302).

(3) *Gr. Cout.*, p. 365 = *Not. Points*, 37 et autres textes déjà cités.

(4) *Gr. Cout.*, p. 366, qu'il faut voir dans le ms. fr. 10816, f°s 225 v°-226.

(5) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 19. Ce texte montre bien que chacune des trois têtes aura le tiers des meubles et acquêts existants à la dissolution de la communauté. C'est un procédé très simple de partage et qui supprime toute difficulté de preuve. Mais un arrêt de 1304, *Olim*, II, p. 473, n° X, nous prouve qu'à cette époque, d'après la coutume de la terre de Chevreuse, on suivait des règles plus raffinées et juridiquement plus satisfaisantes: les meubles étaient bien partagés par tiers et les enfants du premier lit avaient bien le tiers de tous les conquêts sans distinction, mais les enfants du second lit avaient le tiers seulement des conquêts faits pendant le second mariage, ce qui était très logique. A cette époque, la communauté familiale est encore une institution vivante, dont les règles sont bien comprises; à la fin du xiv^e siècle, elle n'est plus guère qu'un expédient.

droits (5). On aura enfin une compagnie à quatre têtes si le mari, veuf avec enfants, épouse lui-même une veuve avec enfants (1).

Ces exemples sont les seuls que nous donne le *Grand Coutumier* et on doit remarquer qu'ils se réfèrent tous à de simples communautés continuées ; les compagnies familiales sont déjà en déclin de son temps dans la région parisienne ; les principes n'en sont plus très bien compris, parce que les habitudes populaires s'en écartent. On les utilise encore pour liquider des situations de fait maintenues par la négligence des intéressés et qu'il serait difficile de régler en appliquant les principes de la propriété strictement individuelle ; mais on les écarte, malgré toutes les complications de preuve, dès que les intéressés ont manifesté leur opposition à la compagnie, même sans séparer effectivement leurs biens. Dans certains cas même, et des plus pratiques, la formation de la compagnie, dont toutes les conditions d'existence sont réunies, dépend de la seule volonté des enfants mineurs. La vieille institution tend à n'être plus qu'une menace pour punir la négligence peut-être intéressée du conjoint survivant. Visiblement, en cette fin du xiv^e siècle, elle se meurt et nous n'avons pas à la suivre sous l'empire des coutumes rédigées. Nous n'en retrouverons qu'un bien pâle souvenir dans la continuation de communauté, simple modalité de la liquidation de la communauté conjugale entre le conjoint survivant et ses enfants mineurs.

(1) *Gr. Cout.*, p. 366, *in fine*, corrigé par ms. fr. 10816, f^o 226.

CHAPITRE III

La communauté entre époux

SECTION I. — La communauté au moyen âge (XIII^e-XV^e s.)

A Paris, comme dans la plupart des pays de coutumes, la communauté s'établit entre époux par la vertu même du mariage ; on ne saurait parler d'une interprétation de la volonté des époux, d'après les usages les plus répandus ; il n'appartient pas aux époux de régler les conséquences pécuniaires de leur union ; le moyen-âge ne concevait même pas ce que nous appelons aujourd'hui le principe de la liberté des conventions matrimoniales ; la coutume réglait souverainement les rapports entre époux, sauf à admettre pourtant, sur des questions secondaires, quelques corrections conventionnelles (1). Il ne peut y avoir de difficulté que si les deux époux, issus de régions différentes, sont soumis à des coutumes différentes. Ainsi, au début du XIV^e siècle, Fleurie, bourgeoise de Paris, a épousé Lambert Porte de Périgueux qui, par lettres de Châtelet, lui a constitué un douaire. A la mort de son mari, Fleurie réclame, selon le droit écrit qui court à Périgueux, la restitution de ce qu'elle a apporté en mariage, sans préjudice de son douaire exprès. Mais le fils de Lambert soutient que le mariage a été célébré aux us et coutumes de Paris et que, par suite, la communauté s'est tout de suite établie entre les époux (2). En 1329, le Parlement lui donne raison, pour des raisons de fait qui nous échappent et probablement parce que les époux ont vécu à Paris. En tout cas, il ne vient pas à l'esprit des juges que la coutume à appliquer pourrait être déterminée par la volonté formelle ou présumée des époux.

(1) Je les signalerai en temps voulu, à propos des règles coutumières dont elles modifient l'application.

(2) Arch. nat., X^{1a} 6, f^o 72 (23 décembre 1329) = Furgeot, n^o 180 : *Statim consummato matrimonio, inter virum et uxorem omnia bona mobilia sunt communia inter ipsos nec repetit mulier, soluto matrimonio, ea que cum marito in contractu matrimonii apportavit, sed debet esse contenta dotalicio suo et medietate bonorum mobilium et conquestuum factorum constante matrimonio inter ipsos* ; un arrêt de 1323, cité *infra*, p. 180, n. 5, est plus vague : *matrimonio celebrato et perfecto*.

cet arrêt est publié in extenso par E. M. Meyers, *Nieuwe bijdrage tot het ontstaan van het begrip der realiteit*, *Revue d'hist. du droit*, III, 1921-1922, p. 75-77 et commenté p. 64.
[n. 11.30]

b. sur ce point le
dossier spécial cons-
titué en 1931

Il convient de signaler, dans le même sens, que les conventions de mariage sont muettes en ce qui concerne l'établissement de la communauté (1) ; les époux ne peuvent rien stipuler d'utile à cet égard ; ils n'ont qu'à se soumettre à la coutume qui régit leurs rapports, conformément aux conceptions et aux habitudes des ancêtres. Ces conventions de mariage étaient d'ailleurs des arrangements de famille, beaucoup plus que des contrats entre futurs époux, et elles pouvaient être purement verbales, sauf difficultés pratiques pour en établir la consistance en cas de contestation (2). Elles précisaient d'ordinaire l'apport de la future, ainsi que le douaire dont elle jouirait en cas de survie ; elles contenaient aussi souvent ces clauses de rappel à la succession qui substituèrent la pratique du rapport à l'exclusion automatique des enfants dotés (3). Certaines stipulations, enfin, y rappelaient parfois les anciennes habitudes de vivre en communauté : ainsi, les parents de la future cédaient tous leurs biens au nouveau ménage, à charge de trouver près de lui jusqu'à leur mort un entretien convenable (4) ; ou, inversement, les parents de l'un des époux s'engageaient à nourrir le ménage, gratuitement, pendant un certain délai (5) ; mais cette convention de nourriture ne nuisait en rien à l'indépendance juridique du nouveau ménage.

Ces conventions de mariage restaient subordonnées à la célébration effective du mariage (6) et pouvaient être modifiées jus-

(1) J'ai publié dans mes *Glanes de dr. paris.*, n° 14, un contrat de mariage, du 22 janvier 1465, entre Adam Touppin, drapier, et Simone La Jaye, fille d'un bourgeois de Paris. Ce contrat a été transcrit dans un registre *Bannières* du Châtelet, à cause de ses particularités diplomatiques. Il indique l'apport des futurs, précise le douaire et rappelle à la succession les enfants à naître du mariage en cas de prédécès des parents.

(2) *Sent. du Châtelet*, n° 128 (3 déc. 1409) : les deux parties sont condamnées à passer lettres *par devant deux notaires de céens* des arrangements faits entre eux et dont elles confessent l'existence.

(3) V., à titre d'exemple, le contrat de 1465 cité *suprà*. L'apport de la future consiste souvent en immeubles ; c'est la suite de la pratique du *maritagium* déjà signalée plus haut (autre exemple, de juin 1233, dans le *Cart. de Saint-Spire*, p. 72). Parfois, la dot immobilière était promise à la future par ses parents, sous réserve d'une assignation ultérieure : X^{la} 11, f°s 79 v°-81 (25 mai 1345).

(4) *Sent. du Châtelet*, n° 128 (1409).

(5) *Ibidem*, n° 127 (28 mai 1414) : dans cette espèce, l'engagement avait été pris pour un an, mais la discorde étant survenue, le gendre renonce, moyennant quarante livres, aux *despens de bouche et gouvernement que leur devoit faire le dit Andry, icellui an durant, et tant aussi au bail de son hostel, au prest de son mesnage et au service de sa mesnée*. — Dans une affaire jugée au Parlement, le 4 mai 1342, X^{la} 8, f° 223 = Furgeot, n° 4154, il est question de huit années d'entretien gratuit dans la maison des beaux-parents.

(6) Application intéressante de ce principe dans *Olim*, I, p. 139, n° III (1261) : un des parents de la future, qui lui a constitué une dot, meurt après les conventions matrimoniales, mais avant la célébration du mariage ; la future ne sera pas exclue de sa succession, comme elle l'eût été, *ipso facto*, d'après les *consuetudines Francie*, si la mort était survenue après le mariage.

qu'à cette célébration (1). Mais la compagnie ne s'établissait entre les époux, avec toutes ses conséquences, que par la consommation du mariage (2). Cette précision concorde bien avec les tendances réalistes qui déterminaient la théorie canonique du lien de mariage. Un texte connu de J. d'Ableiges (3) a fait supposer que la communauté conjugale n'existait réellement qu'après an et jour de cohabitation ; mais si ce texte nous est parvenu tel que d'Ableiges l'avait écrit, ce qui est fort douteux, il reposerait sur une confusion et ne pourrait être pris au pied de la lettre. La compagnie conjugale, à la différence des autres compagnies familiales, découle à Paris, comme en Beauvaisis (4), de la seule vertu du mariage : il donne par lui-même à la vie commune le fondement le plus naturel, avec d'absolues garanties de stabilité ; on peut donc tirer tout de suite les conséquences juridiques de cette vie commune même si, à l'encontre des plus légitimes espoirs, une mort prématurée y venait mettre fin.

§ 1. — COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT DE LA COMMUNAUTÉ

La composition de la communauté conjugale a été de bonne heure fixée et la coutume est si notoire que les textes juridiques ne prennent pas la peine de l'exprimer. C'est seulement au début du xiv^e siècle que des plaideurs invoquent en Parlement que, selon les us et coutumes de Paris, meubles et dettes sont communs entre époux dès que le mariage est accompli (5). Les époux restent donc propriétaires en principe de tous les immeubles qu'ils possèdent au jour du mariage, que ces immeubles soient des biens

(1) Jean Lecoq, *Quaestiones*, n° 305.

(2) Arrêt de 1329, cité *suprà*, p. 178, n. 2, solution confirmée, pour la Champagne, par un arrêt de date indéterminée que rapportent les bons mss. de J. d'Ableiges, notamment le ms. fr. 10816, f° 168 v°.

(3) *Gr. Cout.*, p. 371 ; Brissaud, p. 1712, n. 6, fait état de ce texte ; j'ai indiqué *suprà*, p. 172, n. 2, que certains mss. limitaient ce texte aux seuls affins. Le *Ps. des Marés*, n° 247 = *Ps. Cout. de Charles VII*, p. 46, fait remonter la communauté au contrat de mariage. En Anjou (*Cout. de 1411*, n° 348) et en Bretagne (*T. A. C.*, p. 207, 208, 215), la communauté ne commence qu'après an et jour.

(4) Beaumanoir, n° 622.

(5) Arch. nat., X^{1a} 5, f° 273 v° (1323) = Boutaric, n° 7054 : *de consuetudine notoria Parisius ita erat quod matrimonio celebrato et perfecto inter aliquos conjuges, bona et debita erant communia inter eos* ; arrêt de 1329 cité *suprà*, p. 178, n. 2 ; Viard, *Doc. parisiens*, n° 237, II, p. 58 (1340) : *... Jehan Billouart espousa ladite Marie et ainsi fu commun en la dette que ladite Marie povoit devoir* ; ajoutez n°s 238 et 241 ; pour la fin du xiv^e siècle, v. *Ps. des Marés*, n° 247 = *Ps. Cout. de Charles VII*, p. 46 ; *Gr. Cout.*, p. 321 ; ms. Vatican 4790, f° 21.

de famille ou aient été acquis par eux avant le mariage ; comme on le dira plus tard, les propres de communauté ne se confondent pas avec les propres de succession. Les meubles constituent donc l'actif normal de la communauté à son point de départ ; la coutume, en déduisant cette conséquence du fait qu'ils sont pratiquement confondus par la vie commune, dispense les époux de toute précaution d'inventaire, peu en rapport avec la simplicité de ses conceptions primitives. La communauté des dettes n'est qu'une application très simple du principe qui lie les meubles et les dettes ; les meubles de chacun des époux étaient le gage de leurs créanciers avant leur union ; les créanciers s'en prendront désormais à la communauté. Il ne s'agit d'ailleurs ici que de dettes mobilières qui s'acquittent par un versement unique ; les dettes successives, comme les rentes, restent la charge des immeubles qu'elles grèvent (1).

Ces règles élémentaires suffisaient à la sauvegarde du patrimoine familial (2) comme à la sécurité des créanciers ; elles s'imposaient aux époux, très probablement, comme la communauté elle-même, et rien n'indique qu'il ait été loisible, à Paris, de donner à la communauté conjugale une plus grande extension ou de limiter le droit des créanciers, par quelque artifice, à leur gage antérieur. Mais leur stricte application risquait de ne pas toujours équilibrer exactement la situation respective des époux, considération qui apparut sans doute assez tôt, à côté des convenances du groupe familial. Si, par exemple, la femme a été exclusivement dotée en argent, la mise en communauté de toute sa dot favorisera à l'excès le mari ; le chef de famille pouvait, il est vrai, écarter ce danger en effectuant lui-même, avant le mariage, l'emploi en immeubles de tout ou partie de cette dot ; mais pourquoi ne pas laisser aux époux la possibilité d'effectuer eux-mêmes cet emploi, selon leurs vues propres ? La pratique dut s'efforcer d'assouplir des règles faites seulement pour les situations les plus fréquentes et, à la fin du xiv^e siècle, Jean Lecoq admet la validité d'une convention antérieure au mariage et obligeant le mari à convertir la dot en un immeuble propre à la femme et à ses enfants (3) ; l'immeuble ainsi acquis ne sera pas

(1) Sur cette distinction, cf. ms. Vatican 4790, f^o 21, et les observations générales de Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 249 et s.

(2) En 1277, Guy de Lévis, mariant sa fille Jeanne à Mathieu de Montmorency, lui donne 400 livres de rente et 9.000 livres, *desquels ledit Mathieu pourra faire sa volonté* : *Pr. de l'hist. de Montmorency*, pp. 124-125.

(3) *Quaestiones*, n^o 83 ; cf. arrêt du Parlement du 11 février 1393, dans *Bibl. nat.*, ms. fr. 16282, f^o 104 v^o ; *Sent. du Châtelet*, n^o 126 (14 août 1402).

un conquêt, malgré le principe, et, si l'emploi n'a pas été fait, le mari ou ses héritiers devront restituer la somme entière à la dissolution de la communauté. C'est dire que la clause de réalisation, comme on l'appellera plus tard, est valable par elle-même, en dehors de tout emploi effectif ; l'équité imposait cette solution ; mais, en substituant aux règles précises et un peu mécaniques de la coutume des recherches d'intention, on risquait de compliquer singulièrement les rapports entre époux et de décevoir les tiers étrangers à de telles conventions.

La communauté commence ainsi avec un actif fort modeste ; elle s'enrichira, à mesure que s'écoulera la vie commune, des fruits des propres de chacun des époux, sous déduction des charges annuelles qui les grèvent (1). Mais elle s'enrichira surtout des acquisitions dues à l'activité personnelle des époux, comme elle devra supporter les charges qui leur incombent (2). La communauté conjugale est une communauté familiale restreinte au groupe élémentaire que constituent le mari, la femme et les enfants. Dans ce groupe, seuls le mari et la femme jouent un rôle actif ; les enfants sont soumis à la puissance paternelle et n'ont aucune prérogative dans la conduite de la communauté (3). Mais la question délicate est de savoir quel est le rôle et quels sont les pouvoirs respectifs de chacun des époux (4).

Le droit parisien ne s'est pas distinctement posé cette question, pas plus qu'il n'avait pour la communauté familiale précisé le chef et déterminé ses pouvoirs. Il a cherché seulement à résoudre, à mesure qu'elles se présentaient, les difficultés que posait le fonctionnement de la communauté, et il les a résolues, tout naturellement, dans l'esprit des principes qui dirigeaient alors les rapports personnels entre époux. Or, ces rapports ne reposaient pas et ne pouvaient pas reposer sur une notion d'égalité. De très anciennes traditions donnaient au mari sur la femme une puissance qui n'allait pas sans rudesse et, si les principes chrétiens

(1) Cela n'est dit positivement, à ma connaissance, par aucun texte, mais cela résulte du principe de la communauté des meubles, comme aussi des règles appliquées en cas de confiscation.

(2) Les charges du ménage incombent conjointement aux deux époux ; en novembre 1395, le Châtelet condamne deux époux à payer les frais de vêtements de leur fils apprenti : *Sent. du Châtelet*, n° 144 ; il est assez curieux de relever que, dans cette affaire, la femme avait été ajournée la première et toute seule ; elle fit mettre en cause son mari et tous deux furent condamnés conjointement.

(3) V. tome I, p. 152.

(4) Il n'entre pas dans mon dessein de rechercher quelle peut être l'origine de l'autorité maritale ; cf., sur cette question, Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 33 et s., et Brissaud, p. 1640 et s.

s'efforçaient de tempérer cette rudesse, ils ne faisaient que confirmer et préciser ces vieilles traditions quant à la notion même de puissance. Tout concordait pour donner au mari une situation à part dans le ménage et, si les textes parisiens ne nous fournissent que peu de renseignements sur le droit de correction, qui traduit trop nettement cette situation prépondérante, il n'est pas douteux que le mari parisien soit, par le fait même du mariage, le chef de sa femme (1) et que le droit comme les mœurs lui confère, sous le contrôle des tribunaux ecclésiastiques, de très larges pouvoirs (2).

Si l'on applique ces principes à la gestion des intérêts communs entre les époux, il s'ensuit que le mari a, dans cette gestion, un rôle qui dépasse celui d'un simple associé (3) dans une société ordinaire à but lucratif, et qu'inversement, la femme n'a pas des droits normaux d'associée ; elle ne peut agir seule, dans nombre de cas ; elle doit être autorisée, plus ou moins explicitement, par son mari. Il est impossible de préciser davantage et encore faut-il bien marquer qu'une comparaison de la compagnie conjugale avec une société ordinaire ne serait pas venue à l'esprit des gens du moyen-âge ; on ne peut l'employer que pour fixer les idées. Dans les détails, cette puissance avérée du mari et cette incapacité de la femme ont été interprétées avec une grande indécision ; en suivant ces détails, à l'aide de textes datant presque tous du xiv^e siècle, je voudrais rendre sensible l'évolution qui a rompu de

(1) *Ps. des Marès*, n° 35 ; le *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 8, précise que la femme échappe à la puissance paternelle pour tomber sous la puissance de son mari ; de même, d'après *Ps. des Marès*, n° 290, elle ne peut estre en garde ou administration d'autre que de son mari. — J'emploie au texte l'expression du ms. Vatican 4790, f° 21 v° : *item toutes les actions personnelles qui competent à la femme, tu qui es chief d'elle et qui as le gouvernement de ses biens...* — Une incidente du même ms., f° 28, déclare que *uxor non est sui domina* et que le mari est *principalis et dominus cui uxor subicit*.

(2) Les tribunaux ecclésiastiques enjoignent souvent à la femme, sous peine d'amende et d'excommunication, d'obéir à son mari, sauf à ce dernier à ne pas la maltraiter ou la corriger *ultra modum conjugalem* : *Officialité de Paris*, pp. 304, 376-377, pour le premier point ; pp. 52, 102-103, 150, 188, 304, 328, 370. Ces injonctions sont données souvent, mais non toujours, au cours d'un procès en séparation, et c'est à la séparation qu'il faut en venir si elles restent vaines.

(3) Les textes disent que le mari a le *bail et gouvernement* des biens communs : *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f° 223, ou bien la *seigneurie de ses biens meubles* (à la femme) *pour vendre et despendre et des immeubles l'administration et l'usufruit* : ms. Vatican 4790, f° 21 v°. Le *Gr. Cout.*, p. 322, qu'il faut lire dans les mss., par exemple ms. fr. 10816, f° 224, et qui a sa source dans les *Aliqua*, n° 21, déclare que le mari est *procurator legitimus et necessarius uxoris suae... etiam in dampnum uxoris*, ce qui est une notion bien inutile et contradictoire. D'Ableiges a voulu expliquer ainsi les pouvoirs exorbitants du mari, en généralisant une fiction que les *Aliqua* appliquaient seulement à l'exercice des actions de la femme.

bonne heure, entre les époux, un équilibre bien difficile, il est vrai, à maintenir.

(1) *La puissance maritale.* — Dans le train ordinaire des choses, la prédominance du mari n'est pas contestée. Il est naturel qu'il assume le souci et la responsabilité des relations extérieures du ménage et il semble bien que, pour les actes courants de la vie juridique, sa compétence n'est pas limitée : pour reprendre l'expression des textes, il a le *bail et le gouvernement* des biens communs, ainsi que des biens propres de sa femme (1). C'est ainsi qu'il fera hommage, et plus généralement, accomplira toutes les obligations qui incombent aux fiefs de sa femme (2) ; il peut intenter toutes les actions personnelles appartenant à la communauté ou à la femme (3) ; il peut encore plaider au possessoire en ce qui concerne les propres de sa femme, car le procès possessoire rentre dans la notion d'administration (4) ; inversement, il peut être poursuivi par les créanciers de la femme régulièrement engagée, par exemple par les créanciers antérieurs au mariage (5).

Normalement, après quelques années, des économies auront été faites sur les gains réalisés par l'activité des deux époux, sous la direction du mari. Selon les habitudes du moyen-âge, ces économies seront bientôt employées en immeubles : les chartes, au XIII^e siècle, font souvent allusion à ces acquisitions réalisées en commun (6) et, en 1252, apparaît le mot *conquêts* qui les caractérisera désormais (7). Ces conquêts obtenus avec l'excédent des meubles communs seront communs comme ces meubles eux-mêmes (8) ; et il importe peu de quelle manière l'acquisition en

(1) V. *suprà*, p. 183, n. 3.

(2) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 148 (1208).

(3) Notable dans le ms. latin 9845, f° 60 ; *Ps. des Marès*, n° 406 ; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 21 v°.

(4) *Cout. not.*, n° 161 (1371) ; *Ps. des Marès*, n° 20 ; *Aliqua*, n° 21 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 87 v°.

(5) *Gr. Cout.*, p. 223, cf. ms. fr. 10816, f° 180 : ce texte précise toutefois, très juridiquement, que la créance exécutoire contre la femme ne l'est pas contre le mari ; dans le même sens, *Ordre de plaider*, ms. fr. 19832, f°s 20 et 30 v° ; ajoutez ms. Vatican 4790, f° 21. Le même ms., f° 21 v°, pose très largement le principe que le mari peut être poursuivi pour les engagements régulièrement passés par sa femme ; j'indiquerai, *infra*, à quelles conditions ces engagements de la femme lient le mari.

(6) *Cart. de Morigny*, pp. 100-101 (1235) ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 368 (1236) ; n° 533 (1253). Sur l'apparition de la notion de conquêt, v. ce qui a été dit *suprà*, p. 167 et 5.

(7) *Cart. de la Roche*, n° 95. — Sur la question des conquêts en général, cf. Brissaud, pp. 1713-1714, et surtout Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 279-288.

(8) Le principe de la communauté des conquêts est posé par le *Gr. Cout.*, p. 321.

(1) *Sent. du Châtelet*, n° 225 (23 mai 1454) : un mari et un fiancé dont les femmes sont héritières acceptent en Châtelet qu'un conjuteur soit désigné à l'exécuteur choisi par le défunt. L'interv. du fiancé est particulièrement intéressante ; l'idée est sans doute que normalement les femmes ne doivent pas fréquenter les tribunaux. [16. xii. 26]

aura été réalisée; ordinairement, elle l'aura été par les époux agissant ensemble (1); mais la coutume se garde bien de s'attacher au fait matériel de la *collaboratio*; toute acquisition ainsi effectuée, même par le mari seul, constituera un conquêt car, comme le dit une coutume notoire de la seconde moitié du xiv^e siècle, la femme est *compagne par la coutume* (2).

Ce principe fut appliqué avec une grande rigueur (3), sans doute parce qu'il sauvegardait les droits de la femme et compensait un peu les pouvoirs quasi illimités reconnus au mari, par la force des choses, sur les meubles du ménage. Nous en avons des témoignages persistants, à une époque où les notions de la communauté primitive ne sont pas toutes aussi bien défendues. Un mari a renoncé à une maison, sise à Paris, qu'il tenait à titre héréditaire, à charge de neuf sous de cens; il a donc perdu définitivement sa propriété sur ce bien propre; quelque temps après, pendant le mariage, et sans doute après arrangement avec les censiers, il reprend la maison, à charge de sept sous de rente seulement. Malgré les réclamations des héritiers, le Parlement, en 1268, attribue à la femme la moitié de la maison, *ratione conquestus* (4). De même, si les deux époux, pendant le mariage, acquièrent une rente grevant l'immeuble propre de l'un d'eux, la rente ainsi acquise sera conquêt de communauté; sans doute, tant que la compagnie subsistera, la rente sera éteinte par confusion, car le mari, comme chef du ménage, se trouve à la fois créancier et débiteur des arrérages; mais, à la dissolution de la communauté, la rente renaîtra pour moitié au profit de celui des époux qui n'est pas propriétaire de l'immeuble (5). Il y eut plus de difficulté dans le cas d'une acquisition de rente à vie faite expressément au profit du survivant des époux; un notable l'attribue toute entière à l'époux survivant, selon l'intention des acquéreurs (6); une autre opinion, exprimée vers la même épo-

(1) C'est le cas, notamment, dans les textes cités aux deux notes précédentes.

(2) *Cout. not.*, n° 94; *Jostice et Plet*, 12, 24, 5, parlait déjà, au xiii^e siècle, dans le même sens, de la *reson de compagnie*.

(3) Dans certains cas, il y a seulement une difficulté de fait, Arch. nat., X^{1a} 6, f° 305 (31 mars 1333) = Furgeot, n° 701: le mari dit que la maison en discussion a été achetée pendant le mariage, et la femme prétend l'avoir apportée comme propre. De telles difficultés tenaient à la pratique des conventions verbales et à l'admission illimitée de la preuve par témoins.

(4) *Olim*, I, p. 269, n° III.

(5) *Cout. not.*, n° 88; cette coutume prouvée en turbe, à une date qui n'est pas déterminée, est reproduite par le *Gr. Cout.*, p. 324.

(6) *Ps. des Marès*, n° 124.

que (1), y faisait participer les héritiers du prémourant, comme s'il s'agissait d'un conquêt ordinaire.

Il y aura conquêt encore même si l'acquisition des deniers communs est réalisée dans la ligne de l'un des époux, soit directement, soit par la voie du retrait lignager (2). Cette solution est équitable, car elle enlève toute tentation à l'un des époux et surtout au mari d'accroître son patrimoine propre avec les deniers communs ; mais elle paraît contraire aux intérêts de la famille, car, s'il n'y a pas d'enfant, la moitié de l'héritage ainsi considéré comme conquêt sortira de la ligne. Cet inconvénient disparaît avec l'institution du retrait de mi-denier : le conjoint lignager ou ses héritiers peuvent, en effet, à la dissolution du mariage, retirer la moitié dévolue à l'autre conjoint ou à ses héritiers, à titre de conquêt, sauf naturellement à leur rembourser la moitié du prix payé (3). La même solution serait sans doute admise si le mari rachetait, avec l'argent de la communauté, un de ses propres aliénés avant le mariage : Jean Lecoq nous apprend, en effet, que ce bien serait considéré comme un conquêt (4).

Ce principe, appliqué méthodiquement jusqu'à rendre difficiles, nous le verrons, les plus légitimes opérations de remploi, ne cédait à aucune autre considération. Certaines coutumes du Nord réservaient strictement au mari les acquisitions en fief, sauf récompense à la femme (5). Le droit parisien ignorait de tels scrupules ; la femme est habile à participer, sans réserves, aux acquisitions à titre onéreux réalisées pendant la compagnie. Elle est même associée à certaines acquisitions réalisées à titre gratuit.

(1) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 105.

(2) *Gr. Cout.*, pp. 329-330, texte corrompu qu'il faut lire dans le ms. fr. 10816, f° 209, et p. 343 ; *Notes d'audiences*, n° 105.

(3) Cette faculté est prévue par les textes cités à la note précédente. — Ces solutions sont aussi admises en Anjou et elles y sont étendues aux acquisitions dans le fief de l'un des époux ; dans ce cas, les droits du seigneur de fief sont sauvegardés par une institution correspondant au retrait de mi-denier des lignagers, institution étrangère au droit parisien : *Comp. de usibus*, n° 28 ; *Cout. d'Anjou de 1411*, n°s 192-194. — Il faut remarquer que cette curieuse conciliation des droits des conjoints et des lignagers aboutit au même résultat pratique que la notion techniquement très différente de récompense, admise par exemple en Artois et en Tournésis, au témoignage de Boutillier, I, 74, p. 433 : la somme payée à Paris et en Anjou pour le retrait de mi-denier équivaut à la récompense admise par Boutillier ; mais, comme le fait observer justement Lecoq, *Quaestiones*, n° 87, il reste cette différence que le retrait de mi-denier est facultatif, alors que le mécanisme de la récompense substitue nécessairement une somme d'argent à la moitié de l'immeuble acquis.

(4) *Quaestiones*, n° 87 ; mais si la vente n'a pas été entièrement accomplie et suivie d'une mise en possession de fait de l'acquéreur, Lecoq admet que le bien restera propre au mari.

(5) Boutillier, I, 76, 78, 98 ; pp. 445, 459, 461.

Il est très probable que toutes les acquisitions de meubles à titre gratuit par don, confiscation ou succession tombaient en communauté par suite de la confusion matérielle qui les unissait au patrimoine originaire de la compagnie; cette règle, avérée pour l'époque récente (1), remontait sans doute à l'organisation primitive du système. En tout cas, certaines acquisitions d'immeubles à titre gratuit tombaient aussi en communauté. Vers le milieu du XIII^e siècle, le roi a fait don de 600 livres de terre, pendant son mariage, à Gilbert de Malo-Boisson, chevalier; un arrêt du Parlement de 1268, qui se réfère à une autre difficulté, déclare en passant que la moitié de ce don royal est advenue à son épouse, après sa mort, *ratione conquestus* (2). Un autre arrêt, un peu antérieur, considère, il est vrai, qu'une donation faite au mari *intuitu personae* lui reste propre et que la femme peut y réclamer seulement son douaire (3). La solution de cet arrêt s'explique dans doute par les circonstances de la cause (4), car la notion de l'*intuitus personae* ne pouvait fournir à la pratique qu'un critérium bien incertain. A la fin du XIV^e siècle, J. d'Ableiges revient, sans distinguer, à la solution de l'arrêt de 1268 (5). La plupart de ces donations rémunéraient en fiefs, terres ou rentes, de longs services rendus par le mari au donateur; sous une apparence de générosité, la coutume appréciait exactement, pour l'époque, la situation, en faisant participer la femme, associée par son rôle au foyer à tous les efforts de son mari, aux libéralités qui les récompensaient.

A ces donations rémunératoires étaient peut-être assimilées, pour des raisons moins faciles à apercevoir, les immeubles provenant, par donation ou succession, de la ligne collatérale de l'un des époux. Cette solution nous est donnée par un notable de la fin

(1) Le principe est posé sans distinction pour toutes les acquisitions de meubles: arrêt de 1329, cité *suprà*, p. 178, n. 2; *Ps. des Marès*, n° 247 = *Ps. Cout. de Charles VII*, p. 46.

(2) *Olim*, I, p. 715, n° VI.

(3) *Olim*, I, p. 708, n° XXX.

(4) La femme survivante avait donné à l'un de ses enfants toute sa part dans la donation contestée; il est possible que le Parlement, très attaché au principe de l'égalité entre les enfants, ait vu un moyen simple d'annuler cette libéralité excessive en considérant cette donation comme un propre du mari.

(5) *Gr. Cout.*, p. 200: le texte oppose le don fait avant le mariage, qui est propre, au don fait après, qui est conquest; cf. Mirot, *Un inventaire des fondations de la paroisse Saint-Eustache au XV^e siècle*, dans *Mém. Soc. d'hist. de Paris*, t. 45, n° 81: lettres du 2 avril 1466 mentionnant douze livres de rente appartenant à une veuve et à ses enfants de leur conquest par don à eux fait par ledit M^e Loys.

du xiv^e siècle (1) et nous en avons confirmation par ailleurs (2) ; elle s'oppose aux solutions avérées pour les immeubles provenant de la ligne directe.

Le patrimoine commun, uniquement composé de meubles, à son début, s'enrichit ainsi de conquêts immeubles, à mesure que dure la compagnie. Il me paraît certain qu'au xiii^e siècle, à Paris pas plus qu'ailleurs, le mari n'a des droits identiques sur les meubles et sur les immeubles communs. Pour nombre de meubles, et notamment pour l'argent, le pouvoir d'en user se confond avec celui d'en disposer ; comme, d'autre part, il est très difficile pratiquement de suivre les meubles, la coutume n'a pas cru pouvoir limiter juridiquement les droits du mari à l'égard des meubles communs. En principe, il ne doit les utiliser que pour le bien du ménage, mais comment sanctionner utilement ce principe sans recourir au remède peut-être excessif d'une interdiction pour prodigalité ou d'une séparation de biens (3) ? Le mari est ainsi, en fait, le maître et seigneur des meubles, et on a proclamé, peut-être légèrement, qu'il l'était aussi en droit (4). Il fera donc des meubles ce qui lui convient, jusqu'à les distribuer en pures libéralités ou les appliquer systématiquement à l'amélioration de ses propres. Il n'en pourra pas disposer par testament, toutefois, au delà de sa part, pour cette raison de pure logique qu'après sa mort il cesse d'être le chef (5). Pour le surplus, la coutume passe condamnation.

Mais elle ne se désintéresse pas ainsi des conquêts. Au xiii^e siècle, il est de pratique courante, dans la région parisienne, que le mari et la femme agissent d'un commun accord pour disposer des conquêts, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit (6) ; on

(1) *Ps. des Marés*, n° 26 ; un arrêt de 1317, *Olim*, III, pp. 1177-1178, n° LXXIX, ne considère pas comme des conquêts les biens venus d'un grand-oncle, mais on ne sait si la succession de ce grand-oncle était échue avant ou après le mariage.

(2) *Glanes de dr. parisien*, n° 9, § 3 (1459) : les biens venus au mari de succession collatérale pendant le mariage échappent au douaire de la femme et des enfants, et le mari peut en disposer librement ; il faut en conclure que ce sont des conquêts.

(3) On recourt successivement à ces deux remèdes dans des cas de prodigalité avérée, allant sans doute au delà de la dissipation des meubles : Arch. nat., Y 5220, f° 145 (1396) ; *Sent. du Châtelet*, n° 33 (1399).

(4) *Cout. not.*, n° 14 = *Ps. des Marés*, n° 152 : ... *et se il avient que des biens meubles communs dont il est maistre...* ; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 21 v° : ... *pour ce que le mary, durant le mariage de lui et de sa femme, a la seigneurie de ses biens meubles pour vendre et despendre...* C'est la solution courante au xiii^e siècle : Beaumanoir, n° 930 ; *Jostice et Plet*, 9, 1, 4 ; *Olim*, I, p. 785, n° XXXV (1269), pour l'Artois, cités par Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 21, n. 2.

(5) *Gr. Cout.*, p. 322 = *Aliqua*, n° 16.

(6) *Cart. des Vaux de Cernay*, nos 543-544 (1254) ; n° 663 (1266) ; n° 679 (1267) ; *Cart. de la confrérie N.-D.*, n° 39 (1267) ; Guesnon, *Un collège inconnu*

trouve dans les actes une formule de style par laquelle, en concourant à l'aliénation faite par son mari, la femme renonce aux droits qu'elle tient *ratione conquestus* comme à ceux qu'elle tient de son douaire (1); on peut dire vraiment, pour employer une formule bretonne, que la femme est aussi grande que l'homme pour les conquêts (2). Ces principes sont encore en vigueur au début du xiv^e siècle : on n'en saurait douter au libellé énergique d'un arrêt de 1322 (3). Guillaume Pidoë réclame la propriété de cent sous de cens qu'il dit lui avoir été cédés sur une maison par le propriétaire. Le prévôt de Paris lui adjuge la moitié dudit cens, conquêt de communauté qu'il pouvait légitimement déduire en justice pour sa part *pro se et nomine suo*. Mais, en ce qui concerne l'autre moitié, qui appartient à son épouse, il invoque en vain l'autorisation que lui a donnée ladite épouse; cette autorisation ne pouvait lui permettre de revendiquer tout le cens comme sien, sans faire mention de son épouse. Il est donc débouté, en ce qui concerne cette seconde moitié, sous réserve de réclamer des dommages-intérêts à son avocat *qui negligenter et inepte formavit suam petitionem*. Le Parlement confirma cette irréprochable déduction.

Mais ce système si bien justifié ne se maintint pas; il fut dévié, autant sans doute par l'avidité des seigneurs exerçant leur droit de confiscation, que par la pression des créanciers désireux d'étendre leur gage. Cependant, un arrêt du Parlement, en 1304, avait imposé au seigneur confisquant le respect de la coutume de la terre (4). Un certain Vincent de Montreuil avait été justicié par le seigneur de Chevreuse qui confisqua tous les biens qu'il tenait, soit à titre personnel, soit en raison de ses deux épouses et de leurs enfants. Les enfants se plaignirent au roi, qui manda au bailli temporel de l'évêque de Paris de leur faire rendre tout ce qui leur appartenait *per patrie consuetudinem*. Le bailli constata que la coutume reconnaissait aux enfants, outre les biens héredi-

des Bons Enfants d'Arras à Paris, dans *Mém. Soc. d'hist. de Paris*, t. 42, p. 26 (1333) : un bourgeois de Paris et sa femme vendent ensemble, devant l'officiel, un cens qui leur appartenait *ex eorum proprio conquestu*; il n'est pas mention d'une autorisation spéciale du mari pour habiliter la femme à contracter.

(1) *Cart. de la confrérie N.-D.*, n° 33 (1257) : *jure hereditario, ratione dotis, dotalicii, conquestus*.

(2) *T. A. C. de Bretagne*, c. 211 et 217, pp. 215 et 218; même doctrine dans *Jostice et Plet*, 8, 3, 2; 9, 1, 4, qui précise que le mari ne peut disposer des conquêts que pour la durée de sa vie, tandis qu'il peut disposer des meubles à volonté. Cf. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 279 et s.

(3) *Arch. nat.*, X^{1a} 5, f° 175 (20 février 1322); l'analyse de Boutaric, n° 6686, ne permet pas d'apercevoir l'importance juridique de cet arrêt.

(4) *Olim*, II, p. 473, n° X.

taires de leur mère, leurs parts dans les conquêts des deux mariages et même la part des enfants du premier lit dans les meubles, le reste appartenant bien au condamné et devant être confisqué légitimement. Le Parlement de Paris en décida ainsi, malgré les protestations du seigneur de Chevreuse. Si l'on fait abstraction des complications résultant de l'existence d'une communauté familiale greffée sur la compagnie entre époux, on constate qu'au début du xiv^e siècle le seigneur confisque tous les meubles communs, mais seulement, outre les propres du condamné, sa part dans les conquêts (1).

Mais la situation ne tarda pas à se modifier au profit des seigneurs. Les officiers royaux, notamment, mettent volontiers la main, sans distinction, sur tous les biens tenus à un titre quelconque par le criminel; il faut une intervention auprès du roi pour obtenir la restitution des propres de la femme (2), ou la réserve expresse de son douaire sur les propres du mari (3); et encore ces concessions semblent accordées comme une grâce. En 1342, une pauvre veuve, avec quatre petits enfants, réussit à émouvoir la pitié royale; elle obtient une portion des biens confisqués et une petite maison; mais le droit du roi à la confiscation de tous les conquêts est considéré comme allant de soi (4). Cette solution est avérée à la fin du xiv^e siècle; en 1372, il est prouvé en turbe que le mari forfait les meubles et les conquêts (5) et, après cette date, les textes dans le même sens se multiplient (6); on fait exception à cette règle seulement si le mari a tué sa femme; dans ce cas, les héritiers de la femme obtiennent la moitié des

(1) C'est la solution de Beaumanoir, nos 930-931; cf. Lefebvre, *loc. cit.*, pp. 266-267.

(2) Viard, *Doc. parisiens*, n° 22 (1328): Jean, fils de Pierre Rémi, ancien trésorier de Charles IV, qui fut pendu pour malversations, en 1328, demande la restitution des biens propres de sa mère et de certains biens que son père lui avait donnés avant sa condamnation. Les officiers du roi ne semblent pas contester le premier chef de la réclamation, mais soutiennent que Jean ne peut rien réclamer sur le second chef, car les biens à lui donnés provenaient de malversations. Le roi, ému de pitié, lui restitue divers biens, à concurrence de 350 l. de revenu. — Quand les acquisitions du ménage provenaient de malversations, il était juste que le criminel confisquât les conquêts, comme le reste, puisqu'il devait restituer le produit de ses malversations. C'est peut-être de ce cas particulier que l'on est parti pour admettre la confiscation générale des conquêts.

(3) *Ibidem*, n° 50 (1329).

(4) *Ibidem*, n° 301 (1342).

(5) *Cout. not.*, n° 164.

(6) *Gr. Cout.*, p. 218; ms. Vatican 4790, f° 56; *Aliqua*, n° 11; *Not. Points*, n° 12; Longnon, *Paris sous la domination anglaise*, n° 56 (1423). — Dans ce cas, la femme n'est pas tenue de sa part dans les dettes communes, *Ps. des Marès*, n° 246, à moins qu'elle ne s'y soit personnellement engagée à côté de son mari, *Gr. Cout.*, p. 218.

meubles et des conquêts (1). La solution de principe est justifiée, à la fin du xiv^e siècle, par l'idée que le mari est seigneur et maître de la communauté, dont il peut vendre tout l'actif (2). Mais on pourrait aussi bien se demander si l'on n'a pas déduit des pratiques usuelles de confiscation l'idée abstraite que le mari est seigneur de la communauté. Le fait primitif était que le mari avait dans les mains, sa vie durant, les meubles et les conquêts ; les seigneurs sont partis de ce fait pour mettre la main sur les meubles et les conquêts tant que le mari criminel vivait, tout comme il mettaient la main, nous le verrons, sur les propres de la femme (3). La moitié des conquêts était restituée, avec les propres de la femme, à la mort du mari. Mais, par usurpation (4), les seigneurs ont fini par garder tous les conquêts, comme ils gardaient déjà tous les meubles, en invoquant peut-être l'idée que le mari en était le maître, aussi bien que des meubles. Et de cette idée de maîtrise, la coutume a déduit la conséquence que le mari pouvait aliéner les conquêts tout seul, conséquence qui est affirmée sans contestation à la fin du xiv^e siècle (5). Cette conséquence était par elle-même moins grave que la confiscation définitive des conquêts car, de leur aliénation, la communauté peut retirer quelques avantages dont la femme aura sa part à la dissolution, alors que la confiscation est le type même de l'événement désastreux, sans aucune compensation. Mais la coutume est allée plus loin, jusqu'à permettre au mari de disposer tout seul des conquêts par

(1) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 55.

(2) *Aliqua*, n^o 11 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 24, qui substitue la formule *seigneur et maître* à la formule des mss. en quatre livres donnant au mari le *baill et gouvernement* des biens communs : ms. fr. 10816, f^o 223.

(3) Dans les lettres de 1328, citées *suprà*, le roi constate qu'il a mis en sa main *omnia bona mobilia et immobilia que quandam Petrus Remigii dum viveret possidebat*. Le seigneur confisquant ne recherche pas à quel titre le criminel possédait ces biens, il les met dans sa main et substitue sa saisine à celle du criminel ; mais, au fond, il n'a pas plus de droits que lui et si la saisine du criminel est seulement une saisine à temps, celle du seigneur n'est pas plus étendue.

(4) On pourrait conjecturer que cette usurpation a été facilitée par le déclin de la notion de saisine à temps qui expliquait sans doute les droits du mari sur les conquêts ; à cette idée d'une saisine à temps qui ne permettait pas au mari de disposer définitivement des conquêts, s'est substituée la notion plus vague et plus dangereuse de la maîtrise ou seigneurie du mari sur les conquêts.

(5) Cela fut prouvé en turbe, au Châtelet, en 1373 : *Cout. not.*, n^o 175, où se trouve l'expression caractéristique : *le mary est réputé pour vray seigneur des conquêts* ; ajoutez : *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 24 ; *Glanes de dr. parisien*, 9, 10 (1459). — La même solution est appliquée par *Cout. not.*, n^o 14, au cas particulier où le conquêt consiste en une rente à vie achetée par le mari avec l'argent commun ; mais, comme il a été dit, t. I, p. 204, n. 7, il est possible que les rentes à vie aient été considérées comme des meubles. — En Anjou, au début du xv^e siècle, le mari a également le droit de disposer seul des conquêts : *Cout. d'Anjou de 1411*, n^o 197.

donation, pourvu que le dessaisissement ait bien été effectué pendant sa vie (1).

Il est possible aussi que l'extension du droit de poursuite des créanciers ait contribué à cette solution nouvelle (2). Le mari, maître des meubles pendant la communauté, peut être poursuivi par les créanciers antérieurs au mariage comme par ceux à l'égard desquels lui ou sa femme s'est régulièrement engagé depuis ; lorsque les créanciers ont eu le droit d'agir non seulement sur les meubles, mais encore sur les immeubles, le mari a eu en fait la possibilité de compromettre par ses engagements tout le patrimoine commun. Cette extension a dû se produire dans la première moitié du ^{xiv}^e siècle, comme on peut s'en apercevoir aux conséquences qu'elle a eues sur la renonciation à la communauté (3). Elle modifiait gravement elle aussi la situation respective des époux à l'égard des conquêts. Il n'eût été possible d'y échapper qu'en discriminant, parmi les engagements du mari, ceux qui avaient été pris dans l'intérêt de la communauté. Mais il n'apparaît pas que la coutume ait songé à s'engager dans cette voie, non sans doute en raison des difficultés pratiques auxquelles elle pouvait mener (4), mais plutôt en raison de l'idée qu'elle se faisait de la puissance du mari. Le mari, qui peut forfaire tous les conquêts de communauté et qui peut les compromettre par ses engagements, pourra aussi les aliéner sans le concours de sa femme.

Ce résultat, une fois atteint, n'a plus été remis en discussion. Mais il y eut plus de difficulté en ce qui concerne le droit du mari d'agir en justice à propos des conquêts. J'ai indiqué où l'on en était à cet égard, au début du ^{xiv}^e siècle, et la solution concordait à merveille avec les principes. Il est probable que les tribunaux maintinrent assez longtemps cette solution, alors qu'une évolution se produisait par ailleurs dans la théorie générale du con-

(1) *Sent. du Châtelet*, n° 145 (1454). Il s'agit, il est vrai, d'une donation faite à un fils pour aller à l'école ; mais le demandeur affirme que par la coutume générale, notoirement tenue en ceste ville, prévosté et vicomté de Paris, il avoit esté loisible audit deffunct, durant sa vie, de pouvoir disposer a son plaisir et volenté de ses meubles et conquests.

(2) C'est l'explication proposée par Brissaud, pp. 1718-1719.

(3) V. *infra*, § 2. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 264, cite un arrêt des *Olim*, I, p. 451, n° XIII, de 1259, prouvant que, dès cette époque, le Parlement considère comme équitable l'extension du droit de poursuite des créanciers sur les immeubles des époux. Mais cet arrêt se réfère à la difficulté particulière tenant à l'existence de la réserve du *maritagium* de la mère au profit des enfants, dont il sera parlé plus loin.

(4) On admet bien, à la fin du ^{xiv}^e siècle, la validité des actes faits par a femme non autorisée qui ont tourné au profit du mari, *infra* p. 200, n. 1. La discrimination n'eût pas été plus difficile à effectuer en ce qui concerne les actes du mari.

quêt. Ils montraient toujours une grande prudence à faire préciser les droits des plaideurs pour éviter des actions frustratoires ; or, le mari n'avait droit qu'à la moitié des conquêts et, pour le surplus, en stricte logique, il lui fallait le concours ou la procuration de sa femme. Cependant, en 1373, il fut prouvé en turbe, au Châtelet, que le mari, comme *vray seigneur* des conquêts, pouvait non seulement en disposer, mais encore *ester en jugement, convenir et être convenu* à leur égard (1). Peu de temps après, il est vrai, cette solution fut remise en discussion et il semble bien qu'on exigea de nouveau l'intervention de la femme pour *démener en jugement* les conquêts (2) ; l'intervention obligatoire avait d'ailleurs été conservée dans le cas spécial d'une action en retrait (3). Mais on faisait état, d'autre part, du principe que le mari était seigneur des conquêts, comme le prouvaient les solutions admises au cas de confiscation. Il est difficile de savoir ce qu'il advint en définitive, mais, au milieu du xve siècle, tout en affirmant le large droit de disposition du mari sur les conquêts, une coutume notoire ne parle plus de son droit d'ester en justice à leur égard (4).

Le mari, seigneur des meubles et des conquêts, a des droits plus restreints sur les propres. On entend par propres, outre les immeubles appartenant aux époux au moment du mariage, à quelque titre que ce soit, les immeubles qui leur sont survenus depuis par succession en ligne directe (5). On y assimile les libéralités provenant des ascendants (6), alors que celles émanant d'un étranger sont considérées comme des conquêts. C'est qu'ici intervient la puissante notion de la conservation des biens dans les familles ; longtemps une telle libéralité a représenté la part même du donataire dans la succession de son ascendant (7) ; lorsque le rappel à succession fut admis, avec le correctif du rapport, la libéralité reste une avance d'hoirie et, comme la succession *ab intestat* elle-même, réunit tous les caractères du propre. Il faut ajouter à cette brève liste ce que l'on appellera plus tard les propres de

(1) *Cout. not.*, n° 175.

(2) *Ps. cout. de Charles VII*, pp. 44-45 ; texte différent dans le ms. fr. 1076, f° 21 v°. Le coutumier qui nous rapporte cette solution nouvelle n'y est pas favorable et il tire argument du fait que le mari confisque les conquêts, ce qui ne serait pas équitable s'il n'était pas *seigneur d'iceulx*.

(3) C'est ce que dit le texte cité à la note précédente ; la procédure de l'action en retrait était extrêmement formaliste.

(4) *Glanes de dr. parisien*, 9, 10 (1459).

(5) Ceci n'est dit expressément par aucun texte parisien, à ma connaissance, tant cela allait de soi.

(6) *Olim*, III, pp. 1177-1178 (1317).

(7) Cf. *Ps. des Marès*, n° 2 (17 avril 1363), qui se réfère, il est vrai, à une donation antérieure au mariage.

subrogation, c'est-à-dire les immeubles acquis en remploi des propres aliénés dans les strictes conditions de la coutume (1).

Le mari administre les propres dans le sens le plus large et en perçoit les revenus, sauf à acquitter les charges réelles qui les grèvent. Mais il ne peut en disposer seul. En ce qui concerne d'abord ses propres, ils sont affectés, dès le mariage, au douaire éventuel de la femme et des enfants ; l'ancienne tradition du concours familial à l'aliénation des propres s'est ainsi conservée et précisée dans une institution qu'il n'y a pas lieu d'étudier ici en détail (2) ; il suffit de constater la répercussion qu'elle eut sur le fonctionnement pratique de la compagnie. Les propres du mari sont à ce point affectés au douaire, qu'ils en resteraient chargés même s'ils étaient confisqués pour crime capital (3) ; la communauté subirait seulement la perte de leurs fruits si la condamnation n'en avait pas entraîné la dissolution, dans l'hypothèse, par exemple, d'un bannissement (4).

D'autre part, le mari n'a que le « gouvernement » des propres de sa femme (5). Cela s'entend du droit non seulement d'en percevoir les fruits, mais encore d'en disposer d'une manière quelconque par constitution de rente, engagement, vente à temps, pourvu qu'ils reviennent libres à la dissolution de la communauté (6). Ce droit est si largement compris qu'en cas de forfaiture du mari, le seigneur confisque les fruits des propres de la femme tant que vit l'époux criminel. Beaumanoir protestait déjà, *pour cause de pitié*, contre cette solution trop logique, et conseillait au seigneur de donner *sousenance* à la femme jusqu'à la mort du criminel, qui entraînait la restitution de ses propres (7). Un arrêt du Parlement, pour la région parisienne, en 1370, se

(1) V. *infra*, section II, § 1.

(2) V. *infra*, c. IV.

(3) Viard, *Doc. parisiens*, n° 50 (1329) ; *Glans de dr. parisien*, n° 3 (1360). Le contraire semble résulter cependant d'une délibération tenue en 1440, à propos d'une affaire conerète, entre les lieutenants civil et criminel du Châtelet et les gens du roi au Parlement et au Châtelet, délibération rapportée par le ms. Dupuy 247, f° 170.

(4) C'est ce que dit Beaumanoir, n° 931, qui laisse cependant à la femme, en tout état de cause, la maison où vivait le ménage. Faut-il rattacher à la même idée charitable le don d'une petite maison fait par le roi à la veuve d'un criminel, *Doc. parisiens*, n° 301 (1342) ?

(5) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 21 v° ; le même texte dit un peu plus haut : *et des immeubles* (de la femme), *l'administration et l'usufruit*. Je pense que la première formule est plus ancienne et plus juste que la seconde.

(6) C'est la solution expresse de *Jostice et Plet*, 8, 3, 1, pour le XIII^e siècle. Elle peut s'induire *a contrario* de la formule du *Gr. Cout.*, pp. 322-323.

(7) *Cout. de Beauvaisis*, n° 931.

montra plus généreux encore (1) : sans contester le principe de la confiscation, il décida que le seigneur devrait remettre à la femme, à titre de provision, tous les fruits de ses biens propres, tant que durerait la vie naturelle de son mari. A la fin du xiv^e siècle, on admet de même que, si le mari est exécuté par ses créanciers, ceux-ci peuvent mettre en vente, avec les biens du mari et les biens communs, l'usufruit des propres de la femme ; mais celle-ci peut obtenir, pour son vivre, une provision sur son propre et même sur son douaire, ce qui est beaucoup plus difficile à justifier (2). Ces solutions, encore qu'équitables, paraissent bien gauches : la coutume ayant fait découler de la puissance du mari son droit d'utiliser très largement, pendant la compagnie, les propres de sa femme, a été entraînée par une fausse logique à donner des droits excessifs aux seigneurs confisquants comme aux créanciers du mari. Elle eut évité ce singulier détour d'une provision en posant en principe, dès le début, que les revenus des propres de la femme étaient affectés d'abord aux besoins de la communauté et par suite, en cas de crime ou de déconfiture du mari, à la soutenance de la femme et des enfants.

Du moins, la coutume a-t-elle su sauvegarder le fond même des propres de la femme pour lui en garantir la restitution à la dissolution de la compagnie. C'est un principe formel que le mari ne peut aliéner ou grever définitivement le propre de sa femme sans le consentement exprès de cette dernière (3). Le plus souvent, et selon d'anciennes traditions (4), les époux concourent à l'acte d'aliénation ; mais la femme peut aussi, par procuration spéciale, toujours révocable, conférer à son mari les pouvoirs nécessaires (5). On disposera des propres de la femme, par exemple, pour établir les enfants du mariage, et la femme pourra toujours mesurer ses libéralités selon celles que le mari effectuera de son côté.

(1) *Glanes de dr. parisien*, n° 2 ; ce texte avait été inséré au *Livre blanc* du Châtelet ; il faisait sans doute jurisprudence. — En Anjou, le mari forfait aussi, sa vie durant, les revenus de l'héritage de sa femme : *Cout. d'Anjou* de 1411, n° 78.

(2) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 28.

(3) *Gr. Cout.*, pp. 322-323 ; solution impliquée par *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 24. Au xiii^e siècle, l'aliénation faite par le mari seul n'est valable que pendant sa vie : *Jostice et Plet*, 8, 3, 1.

(4) *V. supra*, p. 164.

(5) Exemples : *Sent. du Châtelet*, n° 133 (1411) ; Y 5232, f° 352 v° (1455) ; le *Gr. Cout.*, pp. 322-323, après avoir émis l'idée critiquée *supra* que le mari était le procureur légal et nécessaire de sa femme, la corrige en précisant bien que, pour l'aliénation d'un propre, il lui faut une procuration expresse. — Parfois, le mari, agissant seul, se portait fort de procurer la ratification de sa femme ; cet engagement, qui ne liait pas la femme, fondait en cas de non-exécution une action en dommages-intérêts : *Sent. du Châtelet*, n° 138 (1407).

L'aliénation des propres pourra faciliter aussi, selon les circonstances, des arrangements favorables à l'un des époux et souvent au ménage lui-même (1) ; la femme, pour s'y prêter, posera librement ses conditions ; si l'arrangement est favorable au mari, elle peut stipuler un échange ou une récompense sur les propres de son mari ; cette combinaison a été autorisée de bonne heure (2) et l'est restée au ^{xiv}^e siècle, malgré la prohibition des pactes entre époux établie pour empêcher les libéralités excessives (3) ; mais il faut que la récompense ait été au moins promise lors de l'aliénation du propre de la femme (4).

De même, la femme peut consentir à l'aliénation de son propre en vue d'un emploi plus avantageux des deniers ainsi obtenus ; mais cette opération est dangereuse car, par application des principes, les deniers tombent en communauté et l'immeuble acheté postérieurement, sans précautions particulières, deviendrait un conquêt ; le Parlement remédia, dès 1262, à ce grave inconvénient en déclarant que le nouvel immeuble resterait propre s'il était expressément déclaré devant le juge que l'acquisition était faite avec les deniers provenant du propre aliéné (5). Cette solution judiciaire n'était pas discutée, à la fin du ^{xiv}^e siècle, et s'appliquait aux propres du mari comme à ceux de la femme (6) : la théorie de l'acquisition en remploi nuançait utilement la théorie générale des conquêts.

La femme pouvait enfin consentir à l'aliénation de ses propres, sans aucune compensation, pour assurer la subsistance journalière du ménage : c'est le cas de nécessité. Les biens communs doivent d'abord être dépensés, puis les propres du mari, enfin

(1) Ainsi Etienne Marcel, en donnant son partage à sa sœur Jeanne la Marcelle, lui transmet huit livres de rente qui étaient propres à sa seconde femme, Marguerite Billouart, qui donna, sans aucun doute, son consentement. Le Parlement valida cette attribution, à l'encontre d'un créancier hypothécaire d'Etienne Marcel, qui ne pouvait valablement saisir que les biens propres de ce dernier : arrêt de 1362, publié par Siméon Luce, *Mém. de la Soc. d'hist. de Paris*, 1879, pp. 315-320.

(2) *Olim*, I, p. 149, n° IV (1262), pour le Vexin français : *in escambium vel in recompensationem*, dit le texte.

(3) *Gr. Cout.*, p. 321 ; ms. Rouen 804, f°s 150 v° et 151. La femme pourrait d'ailleurs, dans les mêmes conditions, promettre et constituer une récompense en faveur de son mari : ms. Rouen 804, f° 150 v°.

(4) *Gr. Cout.*, ms. Rouen 804, f° 151.

(5) Cette décision se réfère à la coutume du Vexin français ; Boutaric, n° 655, en donne un résumé peu exact ; je ne l'ai pas retrouvée dans Beugnot et je l'ai utilisée d'après la copie transcrite dans la *Collection du Vexin*, 14, f° 234.

(6) *Gr. Cout.*, p. 321, pour l'aliénation d'un propre du mari ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 24, pour l'aliénation d'un propre de la femme.

ceux de la femme (1). Mais, si cette dernière est libre de sacrifier ses intérêts personnels et ceux de son lignage aux intérêts supérieurs de la compagnie, il importe que son consentement ne soit pas obtenu par des manœuvres frauduleuses pour couvrir les louches combinaisons du mari. Dans ce cas de fraude, on tend à admettre, à la fin du xiv^e siècle, l'intervention des lignagers de la femme pour arrêter les deniers provenant de la vente d'un propre effectuée sans nécessité (2). Cette intervention des lignagers de la femme dans les arrangements intéressant avant tout le groupe conjugal est à rapprocher de celle qui nous est signalée dans un cas voisin, le remploi d'un propre du mari. En 1331, Gentien Tristan expose qu'il possède de son propre héritage un manoir dont il pourrait tirer un prix avantageux (3) : il n'ose le faire à cause de la coutume qui déclare communs et le prix et tout ce qui serait racheté par la suite avec ce prix (4). Il se décide à réunir un conseil des plus proches parents de sa femme et celle-ci, avec l'approbation de ce conseil, consent à la combinaison suivante : le manoir sera vendu 3.000 livres, sur lesquelles 1.000 tomberont définitivement en communauté et 2.000 seront remployés en héritages propres au mari et affectés au douaire de la femme et des enfants. Le roi couvre de son autorité, en la confirmant, cette combinaison avantageuse pour la communauté et pour la femme. L'intervention des lignagers en ces questions de remploi de propres, intervention qui disparaîtra plus tard, relie encore le fonctionnement de la communauté conjugale aux anciennes traditions des consentements familiaux dans les cas graves d'aliénation.

Aussi grave que l'aliénation proprement dite apparaît le débat en justice au sujet des propres de la femme : le mari, qui peut ester en justice en ce qui concerne la saisine des propres de la

(1) *Style du Châtelet*, *ibidem*, f^o 24. — L'idée qu'en cas de nécessité le mari doit d'abord vendre son propre, est ancienne : *Jostice et Plet*, 12, 16, 1, cité par Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 263, n. 2.

(2) *Style du Châtelet*, *ibidem* : les lignagers sont héritiers éventuels et par ce ont entrée et commencement de droit en l'héritage ; la femme a consenti par contrainte et double car elle est en sa subjection (du mari) : le mari n'a que bail ou garde et ung baillisseur ou garde ne peut vendre la propriété de ce qu'il a en garde. — Il n'est pas sûr, d'ailleurs, que cette intervention ait été admise par la jurisprudence ; le texte analysé se termine ainsi : *dit a esté par oppinions que telz raisons sont recevables*.

(3) Viard, *Doc. parisiens*, n^o 13 ; le manoir dont il s'agit est situé en Veuguesin le François.

(4) *Loc. cit.* : pour ce que, par la coustume toute notoire, le meuble qui ystroit de ladite vente et les possessions qui de celui meuble seroient achatées pourroient estre et demourer comuns et pour acquest à lui et à ladite Marguerite...

femme, est inhabile à *demenér* les causes touchant la propriété (1). Normalement, dans ce cas, le mari et la femme plaident ensemble ou sont conjointement assignés (2); mais la femme peut aussi donner une procuration expresse à son mari et se dispenser ainsi de figurer personnellement à l'instance (3). Le *Style du Châtelet* fait une application correcte de ces principes en constatant que si la femme est tenue à garantie, l'action dirigée contre le mari seul ne vaudra que comme action personnelle sur les meubles (4); pour qu'elle puisse atteindre hypothécairement les propres de la femme, il faut que cette dernière soit personnellement assignée. Un manuscrit du *Grand Coutumier* va chercher, dans le droit romain, l'idée singulière d'une action utile appartenant au mari quand la femme, sans motifs sérieux, lui refuse son concours (5). Mais il n'y a aucune trace que les tribunaux, très attentifs à vérifier la régularité des instances intentées devant eux, aient admis cet expédient qu'aucune considération d'urgence n'imposait. Il en serait autrement au cas où une succession viendrait à une femme absente: le mari pourrait recueillir cette succession et agir à son sujet en baillant caution (6).

Malgré l'évidente prépondérance du mari, la nécessité du concours de la femme a donc été maintenue pour tous les actes graves concernant les propres de l'un et de l'autre des époux. Il convient maintenant d'examiner le jeu de la communauté sous son second aspect, en y suivant pas à pas le rôle de la femme.

L'incapacité de la femme mariée. — L'autorité n'est reconnue au mari que s'il jouit de sa pleine capacité pour l'appliquer à la direction du ménage. S'il en est autrement, il paraît naturel de le faire suppléer par la femme elle-même: tel est bien, au XIII^e siècle, le sentiment de Beaumanoir (7), reflétant sans doute la pratique de son temps; et, pour la région parisienne, en 1335 encore,

(1) *Const. du Châtelet*, § 80 *in fine*; *Cout. not.*, n° 176 (prouvé en turbe en 1373); *Ps. des Marès*, n° 20. — Même solution dans Boutillier, II, 23, pp. 807-808, qui rapporte un arrêt du Parlement de 1380. Sans doute, un arrêt des *Olim* de 1270, I, p. 357, n° XVIII, nous montre un mari plaident seul au sujet de propres appartenant à sa femme; mais il est bien probable qu'au début du procès, la femme a comparu en justice et a expressément chargé son mari de suivre l'affaire.

(2) On peut voir dans le *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f°s 97-98, une longue discussion sur la question de savoir si le mari peut poursuivre seul une action en retrait qu'il a régulièrement intentée avec le concours de sa femme; la discussion est sans intérêt et la solution n'est pas donnée.

(3) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 21 v°.

(4) Ms. fr. 18419, f°s 33 v°-34.

(5) Ms. Vatican 4790, f° 21 v°.

(6) *Const. du Châtelet*, § 25; *Ordre de plaidoyer*, ms. fr. 19832, f° 36.

(7) *Cout. de Beauvaisis*, n° 1336.

le Parlement chargea une femme d'administrer les biens de son mari, idiot, et les biens de la communauté (1). La femme soutenait, contre le frère de son mari, qu'elle saurait prendre plus que lui *commodum et utilitatem predicti mariti sui et bonorum ejusdem* ; le Parlement lui donna raison, sous cette réserve remarquable qu'elle ne pourrait aliéner les immeubles sans l'assentiment d'un conseil de parents. Il est très probable aussi qu'en cas d'absence du mari, à Paris comme en Beauvaisis (2), la femme pouvait primitivement prendre en main la gestion des affaires de la compagnie, sous une réserve analogue. Mais ces solutions ne se maintinrent pas : à la fin du xiv^e siècle, le Châtelet nomme des curateurs étrangers à des maris aliénés ou prodigues et il semble bien que ces curateurs administrent non seulement les biens de l'incapable, mais aussi ceux de la communauté (3). Et, en l'absence du mari, dès qu'il s'agit d'un acte de quelque conséquence, la pratique tâtilonne de la fin du xiv^e siècle obligeait la femme à recourir à l'autorisation du roi ou de la justice (4) : elle généralisait ainsi les scrupules mieux justifiés qui poussaient beaucoup plus tôt le Parlement à exiger l'intervention du mari à l'instance lorsque la femme était en justice pour une action réelle (5).

L'autorité du mari, pleinement capable et présent, n'annihile d'ailleurs pas l'activité juridique de la femme. Il ne paraît pas douteux, tout d'abord, malgré le silence des textes, que la femme ne puisse toute seule faire son testament, dont l'effet se produira qu'à la dissolution de la communauté (6). Il est bien probable aussi, quoique nous n'en ayons pas la preuve absolue, que son aptitude à engager la compagnie est reconnue pour tous les actes rentrant dans sa tâche normale de

(1) Arch. nat., X^{1a} 7, f^o 60 v^o = Furgeot, n^o 1263.

(2) Beaumanoir, n^o 1336.

(3) Arch. nat., Y 5220, f^o 145 (8 mars 1396) ; *Sent. du Châtelet*, n^o 33 (17 nov. 1399) ; le cas prévu par le n^o 29 est un peu différent ; les deux époux sont *anciens, faibles ou sensibles* ; aucun d'entre eux n'est en mesure de s'occuper des biens du ménage.

(4) *Sent. du Châtelet*, n^o 129 (1399), acceptation d'un legs ; Y 5225, f^o 38 v^o (1407), acceptation d'une succession.

(5) V. *infra*, p. 202.

(6) Sans doute, en 1222, d'après le *Cart. de la Roche*, n^o 31, Simon de Lévis se porte garant du testament fait par Pétronille, sa femme, de sa volonté et de son assentiment. Mais, outre que l'acte en question est qualifié, tantôt de donation et tantôt de testament, on ne peut y voir qu'une pratique de collaboration, comme dans un acte de 1248 où Gilon Crespin fait son testament, du consentement de sa femme, à concurrence de dix livres *pro parte sua omnium mobilium suorum* : *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 464 (région de Chartres).

ex. analogues dans le Valais, Meijers, I, p. 39, n. 4 (1334)
[14. xii. 28]

maîtresse de maison (1). Si elle travaille de son côté, elle peut toute seule, encore à la fin du xiv^e siècle, plaider pour obtenir paiement de son salaire (2), tout comme elle pouvait, au xiii^e siècle, intenter l'action d'injure (3). Elle peut de même exercer un métier ou commerce séparé, pourvu qu'elle ait l'assentiment de son mari (4); les gains qu'elle réalisera profiteront à la compagnie; ses engagements seront valables, par le fait même qu'ils ont été passés dans l'intérêt de son commerce, et la communauté, représentée par le mari, sera responsable de leurs conséquences pécuniaires (5). Enfin le mari peut, par procuration toujours révocable, il est vrai, donner à sa femme les plus larges pouvoirs, jusqu'à ceux d'aliéner des immeubles ou d'ester en justice (6).

Mais, en dehors de ces cas, la femme ne peut engager valablement la compagnie sans l'autorisation de son mari: qu'il s'agisse d'un simple fait, d'un aveu ou d'un contrat, la compagnie n'est responsable que si le mari y donne son agrément (7). Cet agrément n'implique d'ailleurs nullement une autorisation expresse du mari, au moment même de la passation de l'acte, comme on en trouve, au xiii^e siècle, dans certains actes appartenant à des régions voisines de la Normandie (8); on n'exige même pas le

(1) On peut l'induire d'une intéressante décision du *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 21 v^o, qui donne une action contre le mari si le fait de la femme a tourné à son *prouffit*, ce qui est le cas des actes accomplis par la femme comme ménagère.

(2) *Ps. des Marès*, n^o 77.

(3) *Et. de Saint-Louis*, I, 153; *Comp. de usibus*, n^o 95; en 1339, d'après X^{la} 8, f^o 53 = Furgeot, n^o 2587, un mari exerce au nom de sa femme une action d'injure. En 1338, une femme, autorisée de son mari, fait une dénonciation à la justice de Saint-Martin: Tanon, *Reg. crim. de Saint-Martin des Champs*, 1877, p. 144.

(4) Arch. nat., X^{la} 5, f^o 130 v^o = Boutaric, n^o 6490, dont l'analyse est insuffisante: la femme est poissonnière *de auctoritate et voluntate mariti sui*; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 21: *se une femme est marchande d'une marchandise comme de laine au veu de son mary...*

(5) *Ps. des Marès*, n^o 289; *Sent. du Châtelet*, n^o 140 (1402); la femme est poissonnière; une autre sentence du 14 avril 1396, Y 5220, f^o 175 v^o, précise toutefois que le mari d'une poissonnière n'est pas exposé à la contrainte par corps pour les engagements de sa femme: *sans ce toutevoies que le corps dudit Colin soit en riens obligé obstant ledit privilège de la marchandise*; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 21 r^o et v^o: le marché doit concerner la marchandise même pour laquelle la femme a été autorisée. Dès que l'acte présentait quelque gravité, pour une location de maison, par exemple, on exigeait au moins la ratification du mari: arrêt de 1321, cité à la note précédente.

(6) *Sent. du Châtelet*, n^o 132 (1454).

(7) *Ps. des Marès*, n^o 289; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 21 et 21 v^o.

(8) *Collection du Vexin*, 14, n^o 911 (1238): *Katelina uxor mea in libera potestate constituta*; *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 802 (1278): *Ego dicta Aelicia, de auctoritate dicti mariti mei... et ego dictus Thomas omnia premissa auctorizans...*; cf. n^{os} 803 et 844 (1283); comparez *ibidem*, n^o 840 (1283), la curieuse formule qu'emploie une veuve: *Richeudis... vidua et in*

concours du mari à l'acte, concours qui suppose son adhésion à l'activité de sa femme (1). Il suffit que le mari ait ratifié l'acte, se décide à défendre la femme poursuivie par le créancier, ou, simplement l'autorise à se défendre (2). Si le mari s'abstient définitivement d'approuver l'acte, il n'en résulte d'ailleurs pas que l'engagement de la femme soit nul : le juge l'autorisera à défendre toute seule et son créancier obtiendra condamnation, le cas échéant (3). Mais la condamnation ne sera exécutoire qu'après la dissolution de la communauté soit contre la femme, soit contre ses héritiers (4) ; la femme peut ainsi être comparée au fils de famille du droit romain qui, tout en pouvant valablement s'engager après sa puberté, sauf l'exception du sénatus-consulte Macédonien, ne peut être utilement poursuivi qu'au décès du *paterfamilias* (5).

Les mêmes principes jouent très simplement lorsqu'il s'agit d'un délit commis par la femme ; le mari n'est pas responsable des conséquences pécuniaires des délits de sa femme, mais il peut les assumer de son plein gré. Dans le cas pratique d'une action d'injure dirigée contre sa femme, il peut la désavouer ; elle sera autorisée par justice à défendre et condamnée, s'il y a lieu, à tenir prison (6) ; mais le mari peut lui éviter toute punition cor-

viduitate mea constituta. — Les actes parisiens n'emploient pas de telles formules et se bornent à mentionner l'assentiment ou l'autorité du mari : *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 224 (1220) ; *Trésor des Chartes*, n° 3671 (1248).

(1) *Chartes de Gonesse*, n° 9 (1215) ; *Arch. de l'H.-D.*, p. 72, deux actes de 1222 et 1223 ; *Cart. du Val Notre-Dame*, n° 37 (1257). Cependant, au xiv^e siècle, alors même que le mari concourt à l'acte, il y a tendance, dans la pratique, à insérer une clause formelle mentionnant l'autorisation maritale : Viard, *Doc. parisiens*, n° 73, p. 107 (1331) : *...Marguerite, à laquelle ledit Gencien, son mari, donna et ottoira par devant nous licence, pouvoir et auctorité de faire, passer, ottoier et accorder... toutes les choses qui s'ensivent ci-après.*

(2) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 21 v°.

(3) *Gr. Cout.*, loc. cit., : et se il reffuse à l'autoriser et à prendre la défense, le juge en son deffault l'autorisera à demener sa cause et se elle obtient, lors sera d'elle convenus et executez le demandeur.

(4) *Ibidem* : et se le demandeur obtient contre elle, il ne la pourra executer ne sur principal ne sur despens, pour ce que le mary durant le mariage de lui et de sa femme a la seigneurie de ses biens meubles pour vendre et despendre et des immeubles l'administration et l'ususfruit et pour ce l'execution sera en suspens jusques ad ce qu'elle le survive ou qu'il y ait hoirs qui lui succedent, car lors pourra on executer la sentence. — Devant ce texte formel, on ne peut prendre à la lettre *Ps. des Marès*, n° 289, disant que la femme non autorisée ne peut s'engager ou prejudice d'elle ne de son mari. — Le droit parisien a donc conservé, au xiv^e siècle, les solutions formellement admises par Beaumanoir, nos 1335 et 1974 ; cf. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 27.

(5) *Ordre de plaidoir.*, ms. fr. 19832, f° 19 v° ; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 3 v° ; cf. Lefebvre, loc. cit., pp. 27-28.

(6) *Ibidem*, f° 19 ; *Ps. des Marès*, n° 76 ; *Arch. nat.*, Y 5232, f° 107 v° (27 août 1454). — Mais le mari serait responsable si la femme avait commis le délit à son instigation : *Ps. des Marès*, n° 56.

porelle en prenant fait et cause pour elle ; il devra seulement des dommages-intérêts à la victime de l'injure (1). Cette solution paraît moins primitive que celle de la *T. A. Coutume de Bretagne* qui charge le mari, en toute hypothèse, de la responsabilité pécuniaire des délits de sa femme, sous prétexte qu'il est tenu à la châtier (2).

La femme ne peut davantage ester en justice sans l'autorisation de son mari (3). Il y a là une règle très ancienne et qui s'explique à merveille en dehors de toute conception théorique sur la capacité de la femme mariée : c'est un fait que les intérêts du mari et de la femme sont étroitement enchevêtrés ; il n'est pas possible de laisser la femme plaider seule, même au sujet de ses biens personnels, sans que cette action ait quelque répercussion sur les intérêts du ménage et du mari ; or, il est de l'intérêt de tous que la question débattue en justice soit complètement vidée. Il semble bien que le Parlement exigeait strictement, au début, la présence du mari à côté de sa femme ; il atténua sa sévérité en 1263, non sans quelque regret, en faveur d'une femme dont le mari, habitant dans le Midi, était *senex et debilis* ; il se contenta de l'autorisation formelle du mari (4). Cette jurisprudence moins stricte se confirma et, au début du xiv^e siècle, au Châtelet comme au Parlement, on se contente de l'autorisation du mari (5). De même, une femme mariée ne peut être assignée en justice, en principe, sans que son mari le soit en même temps pour l'autoriser (6). En 1336, un avocat en Châtelet plaidait contre une veuve qui se remaria *pendente lite* ; il obtint défaut contre elle, mais toute la procédure fut annulée parce que l'avocat n'avait pas fait mettre en cause le second mari de la femme ; il alléguait vainement à sa décharge que le mari était vagabond et n'avait pas de domicile (7). A la fin du xiv^e siècle, on obligeait la femme dans ce cas à prouver de quelque manière son remariage, ou sa réconciliation,

(1) Arch. nat., X^{1a} 8, f^o 53 (8 mai 1339) et f^o 56 (14 mai) = Furgeot, n^{os} 2587 et 2605 ; *Gr. Cout.*, p. 323 ; *Sent. du Châtelet*, n^o 139 (1402) ; les mêmes principes sont suivis par les tribunaux ecclésiastiques : *Officialité de Paris*, p. 162 (1385).

(2) Edit. Planiol, n^o 205 ; cf. Lefebvre, *loc. cit.*, p. 265.

(3) *Const. du Châtelet*, § 39 ; *Gr. Cout.*, p. 323 et ms. Vatican 4790, f^o 21 v^o.

(4) *Olim*, I, p. 557, n^o XVI, cité par Lefebvre, *loc. cit.*, p. 30, n. 1 : *demum, licet hoc esset contra consuetudinem hujus curie, tamen placuit Regi quod ipsi Renaudus et ejus uxor respondeant ipsi vicecomitis absque marito suo*.

(5) *Olim*, III, p. 1219, n^o XIX (1318) ; Arch. nat., X^{1a} 5, f^o 115 (1321) = Boutaric, n^o 6455 ; X^{1a} 6, f^o 191 (1331) = Furgeot, n^o 453.

(6) *Ps. des Marès*, n^{os} 76-77.

(7) Arch. nat., X^{1a} 7, f^o 118 = Furgeot, n^o 1515 ; *Gr. Cout.*, p. 323 *in fine*.

s'il s'agissait d'une femme séparée de corps (1). La femme assignée sans son mari bénéficiait, au témoignage des Maucieux, d'une exception dilatoire (2). On ne pouvait même pas intenter contre la femme seule une action personnelle, par exemple une action en paiement de salaire ou une action née d'un engagement antérieur à la communauté. La raison en est très simple : la femme ne possède rien tant que dure la compagnie, et ses créanciers doivent s'adresser au mari (3). Il n'y a d'exception au principe que s'il s'agit d'un délit (4), lorsque la femme marchande est poursuivie pour le fait de la marchandise (5) et, peut-être, lorsqu'elle s'est engagée par serment (6).

Mais ce principe rigoureux de l'autorisation maritale devait bientôt comporter quelques tempéraments. Dans le cas d'absence prolongée du mari, on se heurtait à une impossibilité matérielle et la difficulté n'était pas moindre, quoique d'un autre ordre, quand la femme était dans la nécessité de plaider contre son mari. La solution la plus simple eût été de permettre à la femme d'agir seule ; on ne semble pas y avoir songé ; la pratique, habituée au mécanisme de l'autorisation, chercha une formalité susceptible de suppléer à l'autorité maritale qu'il était impossible, moralement ou matériellement, de requérir. Il semble qu'elle recourut d'abord à l'expédient classique d'une lettre royale qui dût être, au début, délivrée en grande connaissance de cause (7). Mais la chancellerie ne tarda sans doute pas à expédier ces lettres un peu mécaniquement, sur simple demande des intéressées ; on les soumit alors à la formalité protectrice de l'entérinement par la justice qui connaissait de l'affaire au fond (8). La justice,

(1) *Style du Châtelet*, m. fr. 18419, f° 29 v° ; cf. *Notables Points*, n° 9.

(2) *Ordre de plaidoyer*, ms. fr. 19832, f° 18 v°.

(3) *Ps. des Marés*, n° 77.

(4) Cf. *suprà*, p. 201.

(5) C'est dit expressément par le *Ps. des Marés*.

(6) Ceci me paraît résulter d'une affaire jugée au Parlement en 1318 : *Olim*, III, p. 1340, n° XIV : une femme mariée, Denise la Changeresse, reconnaît avoir reçu un dépôt mais refuse de le rendre, invoquant qu'elle a un mari vivant sans lequel elle ne peut *conveniri nec etiam condemnari*. Elle reconnaît toutefois avoir promis solennellement de payer toutes les dettes faites par son mari et elle pendant le mariage. Elle est condamnée à rendre le dépôt. Rien n'indique que la femme soit commerçante et que l'acte concerne son commerce.

(7) On en trouve un exemple, dès 1326, dans Boutaric, n° 7834, cité par Chénon, *Les jours de Berry au Parlement de Paris*, nos 160 et 187. Je rappelle l'intervention personnelle du roi dans un cas voisin de 1263, cité *suprà*, p. 202, n. 4.

(8) Boutillier, *Somme rural*, I, 9, p. 42, exige l'entérinement des lettres du prince par le juge compétent *parties appelées sur ce* ; dans les cas concrets cités *infra*, il est fait mention fréquemment de l'entérinement. — Dans un procès plaidé le 21 février 1385, entre Pierre de Craon et le comte de

chargée d'entériner ces lettres, en vint bientôt à autoriser directement la femme à plaider sans son mari ou contre lui (1). En tout cas, à la fin du xiv^e siècle et au début du xv^e siècle, nous avons de nombreux exemples de femmes plaissant autorisées du roi ou de justice, à défaut de l'autorisation maritale (2). Mais elles plaident, dans ce cas, à leurs risques et périls et ne pourront être exécutées qu'à la dissolution de la communauté (3). Ainsi naquit l'autorité supplétive dans le cas d'une action en justice; elle devait s'étendre de proche en proche à tous les actes un peu importants accomplis par la femme pendant l'absence de son mari, en vertu de cet instinct qui pousse les praticiens à multiplier les formalités même surabondantes (4); et les considérations un peu timorées qui la justifiaient contribuèrent sûrement à accréditer l'idée d'une incapacité personnelle frappant la femme mariée.

Il convient, toutefois, de ne rien exagérer : l'incapacité de la femme mariée a été aggravée, dans la pratique parisienne, au cours du xiv^e siècle, tout comme les pouvoirs du mari sur les biens communs ont été augmentés; certains raisonnements de praticiens parlent de sa *subjection* et assimilent la situation du mari à celle d'un gardien ou baillistre (5). Mais les conceptions caractéristiques du droit du xiii^e siècle se sont tout de même maintenues; si l'on a tendance à abuser des autorisations mari-

Braisne (Arch. nat., X^{1A} 1472, f^o 229 v^o), au sujet de terres aliénées par la comtesse de Roucy, alors en instance d'annulation de mariage, avec des lettres royales d'autorisation, le comte de Braisne soutient que l'autorisation est nulle, car *jamaïs le roy ne li eust faicte telle auctorisation* s'il avait connu l'importance de la provision dont elle jouissait. C'est la théorie de la subreption. Le même texte allègue que l'autorisation doit, à peine de nullité, être donnée avant l'acte d'aliénation.

(1) Principe pour le cas d'absence : *Gr. Cout.*, p. 323; exemples concrets dans Fagniez, *Répertoire*, n^{os} 1 et 3 (1396 et 1398) : une enquête a été faite au préalable par un examinateur au Châtelet, pour constater la réalité de l'absence; Y 5220, f^o 136 (1396); *Sent. du Châtelet*, n^o 130 (1430); procès contre le mari : *Sent. du Châtelet*, n^o 131 et Y 5220, f^o 260 (1396); en 1399, le Châtelet autorise une femme en instance de séparation de corps devant la cour d'Eglise, à démener certaines affaires concernant ses propres : Y 5222, f^o 63 v^o; autres exemples : *Sent. du Châtelet*, n^{os} 148 et 149 (1402 et 1409).

(2) Exemples d'autorisations du roi : Y 5222, f^o 63 (15 juillet 1399), absence du mari; *Sent. du Châtelet*, n^o 135 et Y 5222, f^o 15 (1414), action en provision de vivre contre le mari. En 1430, une femme est autorisée par lettres royales, dont elle requiert l'entérinement, à poursuivre seule un procès commencé par son mari : *Sent. du Châtelet*, n^o 136. — Il est surprenant que le ms. latin 4641, formulaire de chancellerie du temps de Charles V, ne contienne aucun exemple de ces lettres royales d'autorisation.

(3) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 21 v^o.

(4) V. *suprà*, p. 199, n. 4. C'est ainsi encore que la femme se fait autoriser par le roi ou la justice à révoquer des constitutions de procureurs : *Sent. du Châtelet*, n^{os} 133 et 134 (1401 et 1407); parmi ces procureurs figure le mari, ce qui explique sans doute l'intervention du roi ou de la justice.

(5) V. le texte du *Style* du Châtelet* analysé *suprà*, p. 197, n. 2.

tale ou supplétive, on n'en est pas encore à l'exigence d'une autorisation formaliste, donnée au moment même de la passation de l'acte (1); il suffit que le mari ratifie ou prenne l'acte en bon gré (2). De même, celui qui a traité avec la femme n'est pas admis à invoquer le défaut d'autorisation du mari pour se dérober aux conséquences de l'acte (3), pas plus que la femme elle-même ou ses héritiers, à la dissolution de la communauté (4).

D'autre part, on sent bien, à travers les documents parisiens du XIII^e et du XIV^e siècle, le courant d'influence des idées romaines sur l'incapacité des femmes à s'engager pour autrui ou, tout au moins, pour leur mari. Nombre d'actes de la seconde moitié du XIII^e siècle, et d'abord ceux qui émanent des officialités, recourent à l'expédient bien connu de la renonciation au sénatus-consulte Velléen pour confirmer le concours traditionnel des époux aux affaires d'intérêt commun (5). De même, des textes de droit savant rédigés dans la région parisienne posent en principe que la femme ne peut s'obliger pour autrui, sauf renonciation expresse (6). Mais, en réalité, l'influence romaine n'a nullement détourné la pratique parisienne de ses traditions; on n'en saurait donner une meilleure preuve que celle-ci: en 1410, le Châtelet libère un laboureur, prisonnier pour dette, sous la caution de sa femme (7). La femme qui peut consentir à l'aliénation de ses propres pour les nécessités du ménage, qui peut de même lever la charge de son douaire dont sont grevés les propres de son mari, qui peut, par sa caution, faire élargir son mari prisonnier, ignore tout de la lettre et de l'esprit de l'incapacité velléienne. Unie à son mari par un lien indissoluble, elle songe plus à la bonne marche de la compagnie qu'à la sauvegarde de ses intérêts personnels, pour le jour où la mort y mettra fin, et la coutume, tout en l'ar-

(1) V. cependant le texte cité p. 203, n. 8.

(2) V. *suprà*, p. 201.

(3) Arch. nat., X^{1A} 6, f^o 191 (1331) = Furgeot, n^o 453: des débiteurs, contre lesquels est poursuivie l'exécution d'un contrat passé avec une femme en alléguant la nullité sous prétexte que le mari ne l'avait pas autorisée à contracter; l'exécution fut cependant ordonnée.

(4) V. *suprà*, p. 201.

(5) V. par exemple, Arch. de l'H.-D., n^o 715 (1264); n^{os} 802, 818; Cart. de N.-D. de Paris, II, p. 12 (1268); III, p. 152 (1308); de Manneville, P. J., pp. 297-298 (1316); ces deux derniers actes émanent de juridictions laïques. — Sur cette question en général, v. Ed. Meynial, *Des renonciations au moyen-âge et dans notre ancien droit*, Nouvelle Revue hist. de droit, 1901, pp. 274-277, et Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 54 et s.

(6) *Ordre de plaidoyer*, ms. fr. 19832, f^{os} 19 v^o et 29; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 6 v^o, dont le texte est très médiocre. — *Le Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 33, interdit même à toute femme de s'obliger pour autrui.

(7) *Sent. du Châtelet*, n^o 137.

mant pour la défense de ses intérêts propres, se garde bien d'entraver ses sacrifices volontaires.

Il reste seulement que, faute d'une notion assez claire de l'autorité maritale, la coutume parisienne, au cours du ^{xiv}^e siècle, a exagéré les droits du mari sur le patrimoine commun, jusqu'à proclamer qu'il était *seigneur et maître* des meubles et des conquêts. Sur ce point, l'ancienne notion du concours des époux à tous les actes graves a été à tort abandonnée. Il en est résulté un déséquilibre qu'il a fallu compenser, en faveur de la femme, au moment de la dissolution de la communauté.

§ 2. — LIQUIDATION ET PARTAGE DE LA COMMUNAUTÉ

La communauté conjugale prend fin normalement par la mort de l'un des époux ; mais la séparation de corps, le *divortium quoad thorum* des canonistes, en entraîne aussi la liquidation, comme suite naturelle de la cessation de la vie commune. Les affaires de séparation de corps étant de la compétence exclusive de l'officialité, celle-ci connaissait fréquemment, encore à la fin du ^{xiv}^e siècle, à cause de la connexité, des questions pécuniaires accessoires au relâchement du lien. Elle prenait les mesures provisoires pendant l'instance, aussi bien qu'elle effectuait la liquidation de la communauté une fois la séparation prononcée (1). Ces prérogatives sont aussi exercées à la même époque par les juridictions laïques et notamment le Châtelet (2) ; le *Grand Coutumier* en revendique même pour elles le monopole, ne laissant à l'officialité que la connaissance du lien (3). En fait, les deux juridictions sont

(1) A l'officialité épiscopale de Paris, l'official défendait au mari, sous peine d'amende et d'excommunication, d'aliéner les biens ou de s'obliger au détriment de son épouse : *Officialité de Paris*, pp. 185, 304 ; il enjoignait aussi aux deux époux de rapporter les biens mobiliers qu'ils avaient pu divertir : pp. 150, 304 ; parfois aussi, pendant l'instance, le mari devait donner une provision à la femme, sur les biens communs, pour conduire le procès : p. 444. La séparation prononcée, quand il ne se contentait pas du serment des parties de partager à l'amiable la communauté, l'official pouvait désigner un commissaire *ad divisionem fiendam* : pp. 254, 276, 281. Ces diverses mesures peuvent être employées aussi bien pour la *separatio quoad bona* que pour la *separatio quoad thorum* ; dans de nombreux textes, d'ailleurs, il est parlé tout simplement de *separatio*. — Un arrêt des *Olim*, III, p. 152, n° XXIX (1304), semble indiquer qu'on réservait certains avantages pécuniaires à la femme qui avait obtenu la séparation de corps aux torts de son mari ; cf. *Officialité de Paris*, p. 115 : le mari séparé d'une femme adultère déclare qu'elle doit se contenter d'un lit fourni pour sa part dans les biens communs.

(2) Fagniez, *Répertoire*, nos 157 (1396) et 158 (1402), provision ; *Sent. du Châtelet*, n° 147 (1402), provision ; n° 149 (1409), inventaire et provision ; n° 135 (1414), lettres royales de provision.

(3) P. 630 ; cf. mon *Assemblée de Vincennes*, pp. 319-320.

également compétentes, comme en matière de testament, et la prévention devait régler leur concurrence.

La séparation de biens doit être placée, à côté de la mort naturelle et de la séparation de corps, parmi les causes de liquidation de la communauté conjugale. Elle s'est introduite assez difficilement, on le sait, dans la pratique des tribunaux séculiers (1). Sans doute, Beaumanoir admet déjà des séparations de fait, susceptibles d'atténuer les dissentiments entre époux, sans recourir à l'extrémité de la séparation de corps, et il accorde à la femme une provision pour son vivre si sa conduite a été irréprochable ; mais la compagnie conjugale subsiste et le mari en reste le maître (2). Il semble bien aussi que l'on ait permis aux époux d'établir entre eux, conventionnellement, un *modus vivendi* pour régler, au point de vue pécuniaire, les conditions d'une séparation de fait (3). Mais ce n'est pas la vraie séparation judiciaire de biens.

Cette séparation de biens au principal, *separatio quoad bona*, est couramment admise, au ^{xiv}^e siècle, devant les officialités, qui l'ont déduite des principes romains sur l'*exactio dotis* (4) ; c'est un recours donné à la femme contre la mauvaise administration du mari, qui risque de compromettre son patrimoine personnel. Cette pratique des officialités dut attirer de bonne heure l'attention des tribunaux laïques ; cependant, à la fin du ^{xiv}^e siècle, ils ne connaissent encore que des expédients pour remédier aux inconvénients que supprimait la séparation de biens au principal. Le Châtelet, en cas de prodigalité ou d'incapacité du mari, et à la requête de la femme, défend au mari d'aliéner les biens communs et lui désigne un curateur qui veillera aux intérêts pécuniaires du ménage (5) ; cet expédient permet de maintenir la vie

(1) V. Brissaud, p. 1727 ; Viollet, p. 790 ; G. Viltard, *Essai historique sur la séparation de biens judiciaire dans l'ancien droit français*, thèse Droit, Poitiers, 1905.

(2) *Cout. de Beauvaisis*, c. 57, *Des mautalens qui meuvent entre ceus qui sont en mariage*, n^{os} 1626-1640.

(3) Accord homologué en 1396 par le Parlement et publié par Viltard, *loc. cit.*, pp. 95-96 : les parties s'entendent ainsi pour éviter une séparation devant l'official de Sens.

(4) Cf. Viltard, *loc. cit.*, p. 57 et s. ; documents, pp. 184-185 ; *Officialité de Paris*, pp. 54, 91, 136, 324 (exemples entre beaucoup d'autres) ; la cause de la séparation est d'ordinaire la mauvaise administration du mari ; mais elle est souvent prononcée *propter odia et rancores ortos inter eos*, dans l'espoir que la situation s'améliore et n'oblige pas à la séparation de corps. C'est la preuve que les difficultés pécuniaires naissant du régime de communauté envenimaient souvent les rapports personnels entre époux.

(5) *Sent. du Châtelet*, n^o 33 (1399) : *ledit Tassin, combien qu'il soit marié, est homme de si fol et petit gouvernement que senz doute, se l'administration de ses biens lui est delaissée, il est en aventure de perdre, dissiper et gaster tout le sien et celui de sa femme, tant par son non-sens et jeunesse comme autrement.*

commune, car la prodigalité du mari n'entraîne pas nécessairement un désaccord personnel entre les époux. Mais si l'expédient se révèle insuffisant, si la mise en curatelle ne suffit pas pour sauvegarder les intérêts de la femme, il faut recourir à la séparation de corps devant l'official pour obtenir la séparation de biens (1). C'est seulement au cours du xve siècle que le Châtelet se décide à prononcer de véritables séparations de biens au principal; nous en avons un exemple de 1430 (2), et une coutume prouvée par turbe un peu plus tard, vers 1480 sans doute, constate que le Châtelet prononce entre les époux la séparation *quant aux biens, jure thori reservato*, et leur donne un délai préfix pour faire inventaire et opérer la liquidation de la communauté, qui subsiste jusqu'à parfaite exécution de la sentence (3).

Nous ne possédons que d'assez maigres renseignements sur la capacité juridique de la femme séparée; qu'elle soit séparée de corps ou seulement de biens, elle reprend, semble-t-il, sa capacité juridique normale; elle redevient maîtresse de ses biens; elle peut être assignée en justice par ses créanciers sans aucune autorisation maritale (4), à moins qu'une réconciliation, en cas de séparation de corps, soit intervenue, réconciliation dont la preuve, d'ailleurs, incombe à la femme (5); elle peut de même agir librement en justice (6), bien qu'on aperçoive quelque tendance, dans cette hypothèse, à la munir de l'autorisation de justice (7).

La communauté étant dissoute par l'un des trois événements qui viennent d'être examinés, il y a lieu de procéder à sa liquidation. Chacun des époux ou les héritiers de l'un d'eux reprennent leurs biens propres et l'on procède, normalement, au partage de la communauté, actif et passif. Mais, dans certains cas, il n'est pas procédé à un partage égal: la femme a le droit de renoncer à

(1) *Ibidem*, n° 146 (1396). Des expédients analogues sont signalés pour le début du xiv^e siècle, d'après les *Olim* et la *T. A. C. de Bretagne*, par Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 351, et Viltard, *loc. cit.*, p. 91.

(2) *Sent. du Châtelet*, n° 150. — Il n'est pas certain que Boutillier, II, 8, p. 730, vise la séparation de biens au principal: v. Viltard, *loc. cit.*, pp. 95-96; ce texte est surtout remarquable en ce qu'il organise la publicité de la séparation de biens dans l'intérêt des tiers, préoccupation qui n'apparaît pas dans les textes parisiens.

(3) *Glanes de dr. parisien*, n° 15.

(4) Arch. nat., X^{1a} 5, f° 273 v° (1323) = Boutaric, n° 7054: *dicebat eciam quod divorcium celebratum postea fuerat inter eos quoad thorum unde dicta Egidia poterat agere et conveniri sine auctoritate dicti Laurencii*; le principe n'est pas contesté; cf. *Sent. du Châtelet*, n° 141 (1455).

(5) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 29 v°.

(6) Arch. nat., Y 5220, f° 249 v° (1396); Y 5232, f° 71 v° (1454).

(7) Y 5228, f° 33 (1415): une femme séparée, *autorisée en ceste partie*, agit contre des exécuteurs testamentaires.

la communauté dans une mesure et à des conditions qu'il importe de préciser ; d'autre part, le conjoint noble bénéficie d'un préciput coutumier sur certains éléments de la communauté. L'étroit rapport que les textes parisiens établissent entre ces deux institutions n'a pas toujours été bien nettement aperçu : en l'élucidant, j'espère résoudre le petit problème de la renonciation à la communauté au xiv^e siècle (1), avant d'en venir à l'hypothèse normale du partage égal de la compagnie.

Renonciation à la communauté et préciput du conjoint noble. —

Au xiii^e siècle, nous l'avons constaté, le mari est maître des meubles communs ; il peut les aliéner ou les compromettre par ses engagements, il les confisque par ses délits ; il se peut qu'à la dissolution, la compagnie soit maigrement pourvue de meubles et lourdement grevée de dettes, qui sont encore à cette époque la charge normale des meubles. La femme n'est pas responsable de cette situation ; on a considéré très tôt qu'il était légitime de l'affranchir des dettes communes si elle renonçait aux meubles ; cet expédient était usité depuis longtemps sans doute en matière de garde profitable : le gardien tenu de rendre la garde quitte de dettes, en faisant siens les meubles, y pouvait toujours renoncer (2) ; la mère, gardienne de ses enfants mineurs, pouvait échapper à la moitié des dettes faites par le père en renonçant à la garde ; il était tout simple de lui permettre de s'affranchir de l'autre moitié en renonçant à sa part dans les meubles communs. Ainsi, en 1284, la veuve de Bouchard de Montmorency renonce à la fois à la garde de son fils mineur et aux meubles communs pour s'affranchir des dettes faites par son mari (3).

La solution admise en droit parisien concorde d'ailleurs avec celle admise en Touraine-Anjou et en Beauvaisis (4). Beaumanoir, qui décrit l'institution avec beaucoup de précision, laisse même à la femme renonçante un léger préciput mobilier, tout en réagissant contre les générosités excessives de la pratique, devenues injustes pour les créanciers (5). D'autre part, la renonciation aux

(1) Sur cette question, il faut voir l'article ingénieux et neuf de Guilhaume, *Le droit de renonciation de la femme noble lors de la dissolution de la communauté dans l'ancienne coutume de Paris*, dans *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 1883, pp. 489-500, Brissaud, pp. 1728-1732, et Lefebvre, *loc. cit.*, p. 276 et s. et p. 342 et s.

(2) V. t. I, p. 168.

(3) *Olim*, II, p. 240, n° XVII ; Guilhaume, *loc. cit.*, pp. 490-491.

(4) *Et. de Saint-Louis*, I, 17 ; *Cout. glosée*, n° 9 ; Beaumanoir, nos 440-441 et 456.

(5) *Cout. de Beauvaisis*, n° 456 ; à rapprocher de ce texte, pour le Beauvaisis, un très intéressant arrêt du 15 juillet 1346 : X^{1a} 11, f° 144 v°. V. aussi Viard, *Doc. parisiens*, n° 322 (1343).

meubles et aux dettes est un bénéfice accordé à toutes les femmes et non pas un privilège réservé aux femmes nobles : l'exposition de Beaumanoir ne laisse aucun doute à cet égard (1).

Ces principes se sont conservés pendant la première moitié du *xiv^e siècle* et même un peu au delà (2) ; mais l'insensible mouvement qui, au cours du *xiv^e siècle*, accrut les pouvoirs du mari sur les conquêts, devait avoir logiquement sa répercussion sur la pratique de la renonciation. Puisque le mari confisque les conquêts, puisqu'il les aliène librement, puisqu'il les grève par ses engagements, il n'est pas admissible que la femme en emporte sa part à la dissolution de la communauté en renonçant simplement aux meubles et aux dettes. La conséquence tirée, au *xiii^e siècle*, de la maîtrise du mari sur les meubles, s'impose au *xiv^e siècle* comme suite de sa maîtrise reconnue sur les conquêts : les créanciers, qui traitent avec lui pendant le mariage en tenant compte de cette maîtrise, seraient déçus si la femme, tout en s'affranchissant des dettes communes, pouvait emporter sa part des conquêts. On en vint ainsi, dans la seconde moitié du *xiv^e siècle*, à obliger la femme à renoncer à la communauté tout entière, meubles et conquêts, pour s'affranchir des dettes (3). Nombre de textes conservent encore l'ancienne formule, associant meubles et dettes (4), mais, dans la pratique, la renonciation s'étend à toute la communauté (5).

Les exemples de renonciation les plus anciens que nous possé-

(1) N° 456 : et cel jugement entendons nous aussi bien entre ceus de pooste qui sont de franche condicion comme entre les gentius hommes.

(2) En 1343, la reine de Navarre ne renonce qu'aux meubles : Viard, *Doc. parisiens*, n° 322, déjà cité par Guilhiermoz, p. 492, d'après d'Achery ; il n'est encore question que des meubles et dettes dans un texte de 1368 publié par Guilhiermoz, p. 494, d'après les Archives du Parlement, et dans un autre du 23 déc. 1376, *Collection du Vexin*, 15, f° 265.

(3) Guilhiermoz, p. 495, a très bien montré la transformation s'effectuant d'après le n° 39 des *Notables Points*, dont il rapproche inexactement le n° 8 des *Aliqua* ; ce texte est reproduit par les bons mss. du *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f° 229 v° ; ms. Vatican 4790, f° 31. — Dans ce cas, la femme est affranchie de toutes les dettes, même de celle des foires de Champagne : ms. lat. 4641, f° 18 v°.

(4) Jean Lecoq, *Quaestiones*, n° 131 ; des *fiez a l'usage de France*, n° 25, qui ajoute bizarrement à la formule traditionnelle et a tous les biens quelz-conques que monseigneur et moi eussions oncques, excepté mon douaire ; cf. la formule abrégée du *Gr. Cout.*, pp. 298-299, et les explications de Guilhiermoz, pp. 492-493 ; *Sent. du Châtelet*, n°s 151 (1399), 156 (1401), 157 (1407), 161 (1414), 162. — Je ne fais pas état ici, bien entendu, des textes qui parlent à la fois du préciput du conjoint noble survivant et de la renonciation comme *Aliqua*, n° 8 ; *Gr. Cout.*, pp. 375-376 ; *Notes d'audiences*, n° 26 (cité par Guilhiermoz, p. 494), n°s 41 et 73.

(5) Cela résulte du correctif apporté à *Notables Points*, n° 39, de l'addition systématique du mot *conquêt* faite par le ms. fr. 10816 du *Gr. Cout.*, f° 229 v°, dans le texte de la p. 375, et surtout des *Sent. du Châtelet*, n° 152 (1399, pour la Normandie), n°s 153 et 154 (1399, pour Paris) ; n°s 162 et s. ; la nouvelle formule est fixée à partir de 1414, mais il est bien difficile de

dions se réfèrent à des femmes nobles (1); cela est très naturel, parce que les nobles plaidaient plus fréquemment que les simples roturiers devant le Parlement de Paris, dont les arrêts ont longtemps fourni les principaux documents de la pratique judiciaire dont se servaient les historiens. De même, la vie coûteuse et souvent aventureuse de beaucoup de nobles, au ^{xiv}^e siècle, pouvait incliner leurs femmes à plus de prudence au moment d'accepter ou de décliner les conséquences d'une gestion dont elles n'avaient pas toujours pu suivre les péripéties (2). On peut s'expliquer ainsi le célèbre passage du *Grand Coutumier* où d'Ableiges parle du privilège de renonciation, en ne visant que les femmes nobles et en le justifiant par des raisons qui ne peuvent s'appliquer qu'aux nobles (3).

Mais on commettrait une grave erreur en déduisant de ce texte qu'à la fin du ^{xiv}^e siècle la pratique parisienne considérait la renonciation à la communauté comme un privilège réservé aux veuves nobles. Pour s'en convaincre, il suffit de feuilleter les registres des juridictions plus modestes, où fréquentaient les bourgeois de Paris, plus aisément qu'en la cour de Parlement. En 1385, Jeanne Henque, veuve d'Etienne Godin, renonce, devant l'official de l'évêque de Paris, aux meubles communs entre elle et son mari (4): il est bien probable que cette humble communauté bourgeoise ne comprenait que des meubles. A la fin du ^{xiv}^e siècle et au début du ^{xv}^e, les registres du Châtelet de Paris

préciser à quelle date exacte, vers la fin du ^{xiv}^e siècle, l'évolution s'est effectuée. Guilhaumez, p. 491 et s., a cité beaucoup de textes établissant que l'extension de la renonciation aux conquêts s'était effectuée, dans d'autres régions, vers la même époque.

(1) C'est ce que remarque Guilhaumez, *loc. cit.*, pp. 496-497.

(2) Viard, *Doc. parisiens*, n° 322 (1343): la reine de Navarre a demandé conseil à ses proches: *si ont regardé que comme madite dame sceust petit du gouvernement de son seigneur, toutevoie, pensent ses amis, que tant pour les armes que sondit seigneur a suivies et les guerres du roy monseigneur, comme pour ce que il a esté en moult de pais et darrainement en ce voyage où Dieu l'a pris, moult de debtes et de finances, d'obligacions et d'autres choses touchanz le faiz et la conscience de son dit seigneur...*

(3) Je transcris ici le texte célèbre, pp. 374-375 de l'édition, d'après le ms. fr. 10816, f° 229 v°: *la raison pourquoy ce privilege de renonciation leur fu donné si fu pour ce que le mestier des hommes nobles est d'aler ès guerres et ès voyages d'outre mer, de Prouce et d'autres, et si obligent et aucunes fois y meurent et leurs femmes ne peuvent pas estre de legier acertenées de leurs obligations faictes à cause de leurs voyages, de leurs racçons et de leurs plegeries qu'ilz font pour leurs compaignons et autrement.* Je suis très frappé de la concordance générale de ce texte avec le document précédent; je me demande si d'Ableiges, qui a eu des relations avec les « Navarrais » (cf. Giffard, *Ordonnances de J. d'Ableiges pour les métiers d'Evreux*, p. 9) n'en a pas eu connaissance.

(4) *Officialité de Paris*, p. 83 (21 mars 1385); il n'y a que cet exemple dans le registre, mais la formule abrégée qu'emploie le scribe pour enregistrer la renonciation montre qu'il s'agit d'un acte courant. Cette renonciation a été publiée par Viltard, *loc. cit.*, p. 185.

nous fournissent d'assez nombreux exemples de femmes renonçant à la communauté (1) et, bien que la noblesse appartienne parfois à de très simples gens de métiers (2), il est tout à fait impossible de soutenir que toutes ces veuves sont nobles. Il est donc certain que la pratique parisienne, à la fin du ^{xiv}^e siècle, admet la renonciation à la communauté comme une faculté générale, selon la tradition du ^{xiii}^e siècle, attestée par Beaumanoir et d'ailleurs toute naturelle.

Et pourtant les femmes nobles ont bien réellement un privilège : elles peuvent, à leur choix, prendre tous les meubles de la communauté, en payant toutes les dettes, ou s'affranchir des dettes en renonçant aux meubles et conquêts communs ; c'est cette option entre le préciput du conjoint noble et la renonciation à la communauté qui caractérise la situation de la veuve noble (3). Le mari n'a pas la même option car s'il peut, en cas de survie, prendre tous les meubles en payant toutes les dettes, il ne peut naturellement pas renoncer à une communauté qu'il a surchargée. D'autre part, la femme roturière peut bien renoncer à la communauté, mais elle ne peut pas recueillir tous les meubles en payant toutes les dettes, car ce préciput est un privilège personnel des nobles et, selon certains textes, il faut, pour que la femme en jouisse, qu'elle soit elle-même noble et qu'elle ait épousé un noble (4).

L'origine de ce préciput des nobles est assez facile à discerner.

(1) Fagniez, *Répertoire*, n° 47 (1399) : *Jehannette, vefve de feu Estienne Bernier, en son vivant conreur de letices* ; *Sent. du Châtelet*, n° 152 (pour la Normandie), n° 157 (1407, pour Senlis), n°s 153-155 (1399-1400, pour Paris).

(2) *Sent. du Châtelet*, n° 162 (1414).

(3) Tout ceci et ce qui suit résulte du début du texte du *Gr. Cout.*, p. 374, dont j'ai donné la suite *suprà*, p. 211, n. 3. Je le transcris ici d'après le ms. fr. 10816, f° 229 v°, comme l'avait fait déjà Guilhiermoz, *loc. cit.*, p. 490 : *Item l'en dît communement que femme noble mariée a ung noble a l'eleccion de prendre tous les meubles et conquestz et payer toutes les debtes ou de renuncier aux meubles et conquestz pour estre quictes des debtes. De l'omme noble n'est-il pas ainsi. Toutesvoies plusieurs saiges dient que jassoit ce que la femme noble soit quictes des debtes par renoncer aux meubles et conquestz quand son mary est de poste, s'il n'est-il pas a son choix de prendre tous les meubles par paiant les debtes, se ce n'estoit du consentement des heritiers, exemplum de la femme qui fust maistre Jehan de Vernon. Nota que se ung chevalier avoit espousé une bourgoise, elle n'aroit pas le privilege dessus dit. — D'Ableiges, en voulant mentionner, dans la même proposition, le préciput portant seulement sur les meubles et la renonciation qui doit s'étendre aux meubles et conquêts, s'est empêtré et a commis des erreurs que signalent, par exemple, les mss. fr. n. a. 3555, f° 101, et Harley 4426, f° 105, et que le ms. dont dérive les éditions gothiques en quatre livres a corrigées en supprimant partout le mot *conquêts* et en donnant ainsi une notion inexacte de la renonciation. Si l'on veut bien tenir compte de ces confusions inévitables, étant donné le point de départ, on reconnaîtra que je me suis borné, au texte, à paraphraser un peu ce passage de d'Ableiges.*

(4) Ajoutez au texte de d'Ableiges les allégations d'Oudard des Moulins, d'après *Notes d'audiences*, n° 73, et les extraits des registres du Parlement

La notion d'un partage égal entre le survivant des époux et les héritiers du prédécédé ne fut pas sans doute, je l'ai déjà indiqué, la notion primitive (1). Le survivant n'a-t-il pas des titres spéciaux, au moins en jouissance, sur ces biens acquis par des efforts communs? D'autre part, à défaut d'un exécuteur testamentaire expressément désigné, il est le dépositaire naturel des volontés suprêmes du défunt et aura souci, plus que quiconque, de régler ses dettes et torfaits, à sa décharge, à l'aide des biens communs que la coutume lui laissera (2). Enfin, cette attribution aura l'avantage d'éviter toute formalité de prise en charge et de description du patrimoine commun.

De fait, on voit apparaître, çà et là, un préciput plus ou moins large, portant même sur les conquêts, dans certains cas (3). Il fut limité aux meubles, dans la région parisienne, et n'appartint qu'aux nobles, sans doute en raison de la pratique fréquente, chez les roturiers, de la continuation de communauté. Entre nobles, où les principes de la garde se révèlent de bonne heure incompatibles avec le jeu de la communauté familiale (4), les avantages du préciput apparaissent manifestes. La coutume des nobles a déjà admis le principe forfaitaire pour la liquidation des dettes du mineur : le gardien fait siens tous les meubles et tous les fruits du mineur, à condition de pourvoir à son entretien et de régler ses dettes (5). Si le ménage a des enfants, que le surveillant recueille tous les meubles à titre de préciput et à charge de payer toutes les dettes communes, ou qu'il en recueille la moitié pour sa part et le reste comme gardien des enfants, le résultat

cités en note ; il est possible que d'Ableiges ait eu connaissance de ces débats qui eurent lieu en janvier 1385 et qui ne semblent pas avoir beaucoup éclairci la question : v. *infra*, p. 214, n. 2.

(1) V. *suprà*, p. 166.

(2) On remarquera en ce sens dans Viard, *Doc. parisiens*, n° 322, les raisons données en 1343, par la reine de Navarre, pour justifier sa renonciation et dont j'ai cité une partie *suprà*, p. 211, n. 2. Elle préfère s'en remettre aux exécuteurs testamentaires choisis par le défunt et plus capables qu'elle de liquider avec équité, dans l'intérêt de l'âme de son mari, une situation embrouillée. Mais il s'agit d'un cas exceptionnel : dans la plupart des unions le conjoint survivant apparaît comme un exécuteur naturel des volontés du défunt, s'il n'y a pas autrement pourvu.

(3) *Ord.*, I, p. 38 = L. Delisle, *Actes de Philippe-Auguste*, n° 1917 (1219). Cet établissement énigmatique, rendu à Pont de l'Arche, mais qui ne saurait s'appliquer à la Normandie d'après Génestal, *La tenure en bourgage*, p. 24, n. 1, réserve au seul mari les meubles et les acquêts faits pendant le mariage, si la femme décède sans enfants. Il n'est pas dit que la femme survivante aurait le même privilège. — D'après les *Notes d'audiences*, n° 31, le conjoint survivant aurait l'usufruit des conquêts dans le Maine, en Anjou, Touraine et Poitou ; cf. *Et. de Saint-Louis*, I, 140, et Viollet, I, p. 143, qui croit ce préciput réservé aux roturiers.

(4) V. *suprà*, p. 174, n. 3.

(5) V. t. I, pp. 169-171.

pratique sera tout à fait le même (1). Il est bien probable que la coutume, au début, n'en a pas fait l'analyse; elle a seulement constaté que le survivant, maître en fait de tous les meubles, devait payer toutes les dettes de la communauté. Et s'il n'y avait pas d'enfant, la même situation de fait a paru plus légitime encore à l'encontre des héritiers collatéraux. Ainsi est apparu le préciput du conjoint noble survivant, qui n'a pris vraiment figure distincte que beaucoup plus tard, lorsqu'on a pris l'habitude de liquider les communautés conjugales sur la base d'un partage égal, au lieu de les prolonger en communautés familiales.

Quoi qu'il en soit, le préciput du conjoint noble existe à Paris (2), comme en d'autres régions (3), à la fin du ^{xiv}^e siècle, et il me paraît certain que l'étroit rapport établi par les textes entre ce privilège des nobles et le droit de renoncer à la communauté conjugale (4) a été la source des confusions faites assez tôt par la pratique coutumière et qui se retrouvent encore plus graves dans la doctrine des historiens modernes. On ne peut pas ne pas

(1) Cf. l'arrêt de 1284, déjà cité, *Olim*, II, p. 249, n° XVII : la veuve de Bouchard de Montmorency allègue *consuetudinem Franciae notoriam et approbatam talem esse quod, ex quo renunciabat parti dictorum mobilium et ballo filii sui predicti, non tenebatur ... ad solvendum aliquid de debitis*.

(2) Ceci est mis hors de doute par un notable inédit du ms. fr. 18110, f° 71 v° : *se deux sont conjoincts par mariage et il soit ainsi que le mari soit noble extraict de noble lignée et après l'un d'iceulx conjoincts va de vie a trespassement le survivant fait tous les meubles qui communs estoient entre eulx au jour du trespassement du defunct siens par soy chargeant de paier les debtes qui communes estoient entre eulx au jour du dit trespassement et dont les héritiers du defunct eussent peu estre poursuis et approuchiez*. Il semble résulter d'un autre notable, f° 72, que, s'il y a des enfants, le conjoint noble survivant prend l'autre moitié des meubles comme gardien et non à titre de préciput, mais les conséquences pratiques restent les mêmes. L'existence du préciput est aussi attestée par *Aliqua*, n° 8, qu'il n'y a aucune raison d'interpréter comme le fait M. Giffard, *Etudes sur les sources du droit français. Etudes de Sens et J. d'Ableiges*, p. 54, n. 7 et 56, n. 5, pour le rapporter au droit champenois, et, pour le Vexin français, par un arrêt du Parlement du 23 décembre 1376, *Collection du Vexin*, 15, f°s 260 et s. Mais il y avait des controverses sur des points de détail et même sur l'existence du préciput en droit parisien : *Notes d'audiences*, n°s 26 (1384), 41 et 73 (1385), et les textes cités en note. Canard, qui n'admettait pas le préciput à Paris (n° 41), l'admet au n° 73, et voici ce qu'il soutient au nom de son client, d'après X^{1a} 1472, f° 214 v° : *dit qu'il est nobles, si anobli sa femme quant il l'espousa, par consequent il puet accepter tous les meubles et en ce cas li competent ou meins les biens muebles de Champagne où il en a grant foison et aussin font ceulx de Paris, si comme tiennent notoirement les advocas de Chastellet qui dient que ceste coustume a lieu a Paris entre les nobles*. Les adversaires discutent sur l'existence même du préciput à Paris et soutiennent qu'en tout cas il faudrait être noble de lignée, ce qu'exige le notable du ms. fr. 18110, et que la femme soit noble, ce qu'exige le *Gr. Cout.*

(3) Ainsi en Champagne, *Anc. Coutumier*, c. 7 et 12; *Notes d'audiences*, n°s 26 (spécialement à Troyes), 41 et 73; arrêt cité par le *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f° 168 v° (cf. Giffard, *loc. cit.*, p. 56, n. 5). Pour le Vermandois, et notamment à Laon, son existence est discutée : *Notes d'audiences*, n° 41, et les textes cités en note.

(4) Ce rapport n'a été que fugitivement aperçu par Guilhiermoz, *loc. cit.*, p. 499, n. 2.

être frappé de ce fait que le *Grand Coutumier* parle de la renonciation à la communauté au chapitre *de garde et bail* (1) : étudiant le cas d'un conjoint noble mourant avec des enfants mineurs et l'étudiant d'une manière concrète, selon la méthode naturelle aux praticiens, il a été amené à parler du préciput du conjoint noble survivant et de la renonciation à la communauté. De même, un recueil de notables parisiens (2) passe tout naturellement de la communauté familiale des roturiers au préciput du conjoint noble survivant et à la garde noble des enfants. Tout ceci se comprend très bien si l'on part d'une vue toute concrète des choses. Mais le risque reste grand de confondre une possibilité de droit commun, la renonciation à la communauté, avec un privilège des nobles, comme l'est sûrement le préciput du conjoint survivant.

Cette confusion est déjà faite par d'Ableiges, au moins dans les termes (3) ; il est bien certain qu'elle se répandit dans ce milieu de praticiens peu instruits qui florissaient à la fin du xiv^e siècle et au cours du xv^e. Dès cette époque, des femmes nobles renoncent à la communauté en invoquant *la coutume des nobles* (4) ; cela n'empêche d'ailleurs pas des roturières d'y renoncer aussi (5), mais ces renonciations se font de plus en plus rares au cours du xv^e siècle (6). La renonciation à la communauté est toujours plus nettement considérée comme un privilège de noblesse (7) et, au début du xvi^e siècle, comme nous le verrons, l'évolution est achevée. On peut attribuer en partie ces progrès dans l'erreur à l'aversion que manifestent d'ordinaire les praticiens contre toute restriction des droits des créanciers, si bien fondée qu'elle apparaisse à des époques moins livrées à l'influence d'une pratique machinale, fermée à l'esprit des institutions coutumières (8). Il semble, en outre, qu'on aperçoive, avant l'achè-

(1) Pages 375-376.

(2) Ms. fr. 18110, f^{os} 71 *in fine*-72.

(3) Elle l'est encore bien plus nettement par les *Ps. cout. de Charles VII*, p. 44.

(4) Fagniez, *Répertoire*, n^o 172 (1396) ; *Sent. du Châtelet*, n^o 156 (1401), n^{os} 159-160 (1409-1410), n^o 161 (1414), où l'une des parties soutient même que ce seroit à entendre des nobles qui vivent noblement et qui suivent les armées, n^{os} 162 (1414) et 163 (1428). En 1399 (n^o 151), une veuve d'écuyer renonce à la communauté sans invoquer encore le privilège des nobles ; cf. n^o 158 (1409).

(5) Textes cités *suprà*, p. 212, n. 1.

(6) Je n'en ai relevé que deux exemples de 1454 : *Sent. du Châtelet*, n^{os} 164 et 166.

(7) *Sent. du Châtelet*, n^{os} 165, 167 et 168 (1454). On sait qu'après 1455, les registres du Châtelet disparaissent jusqu'en 1504.

(8) Nous trouverons d'autres exemples de cette aversion, ainsi à propos du douaire des enfants.

vement de cette évolution, une combinaison bien mal venue, mais respectant tout de même quelque chose de l'ancienne tradition favorable aux roturières. Les roturières, pour s'affranchir des dettes communes, renoncent parfois, semble-t-il, non seulement aux meubles et conquêts, mais encore à leur douaire (1), qui est, au contraire, expressément réservé par les femmes nobles renonçantes (2). Une telle combinaison était dépourvue de toute logique car, nous le verrons, le douaire frappait les propres du mari dès le jour du mariage, et les créanciers traitant avec le mari et appréciant sa solvabilité devaient en tenir compte ; d'autre part, la renonciation de la femme ne pouvait porter atteinte au douaire des enfants et n'était intéressante pour les créanciers du mari qu'en cas de mariage sans enfants. Aussi cette combinaison ne fut sans doute qu'une étape éphémère dans le mouvement qui devait enlever aux roturières toute possibilité de renonciation.

Quant aux formes de la renonciation, on peut suivre chez les nobles la persistance d'un cérémonial qui remonte sans doute aux origines de l'institution. La veuve assistait aux funérailles de son mari et jetait sa ceinture et ses clés dans la fosse encore ouverte où il devait reposer, en prononçant une formule de renonciation, puis elle se retirait, sans rentrer dans la maison où elle avait jusqu'alors vécu avec son mari (3). La brièveté du délai, l'émouvant symbolisme du cérémonial, la publicité d'un acte si injurieux pour la mémoire du mort, tout concourait pour donner à la renonciation un caractère exceptionnel et presque une portée de scandale. A une gestion d'incapable ou de prodigue à laquelle la femme avait dû se soumettre, le mariage durant, répondait, le jour même de l'obit, ce désaveu dramatique de la veuve, voulant sauver de la débâcle au moins ses biens de famille et son douaire. C'est ainsi que le droit coutumier, à sa belle époque, savait donner aux bénéfices qu'il accordait l'utile contrôle de l'opinion publique (4) : seule une veuve irréprochable, et tout à fait étrangère aux prodigalités de son mari, pouvait oser recourir à une renonciation si impressionnante ; et les créanciers, ainsi lésés par cette renonciation, devaient s'en prendre à eux-mêmes

(1) Cf. notamment Fagniez, *Répertoire*, n° 47 (1399) ; *Sent. du Châtelet*, nos 154-155 (1399).

(2) V. notamment *des fiez a l'usage de France*, § 25.

(3) *Des fiez a l'usage de France*, § 25 ; *Gr. Cout.*, p. 376, qui précise que les veuves ne doivent emporter que leur commun habit sans autre chose ; *Sent. du Châtelet*, n° 151 (1399).

(4) Nous savons par les chroniqueurs qu'aux xiv^e et xv^e siècles certaines renonciations émanant de grandes dames scandalisèrent les contemporains ; v. les textes réunis par Guilhaumez, *loc. cit.*, p. 500, n. 1.

d'avoir permis au mari des dépenses sans lien avec l'intérêt de la communauté. La puissance maritale, si difficile à contrôler dans son exercice journalier durant le mariage, trouvait ainsi, dans cette possibilité de renonciation, un utile contrepoids, sans qu'on put redouter entre les époux complices une manœuvre pour décevoir les créanciers.

Ce cérémonial était sans doute rigoureusement imposé, en principe, à peine de nullité de la renonciation. On peut l'induire des précautions que prend la reine de Navarre, en 1343, pour rendre valable sa renonciation. Son mari est mort en Espagne ; seul, son cœur a été inhumé à Paris et c'est à l'enterrement de ce cœur, à Paris, que les ducs de Normandie et de Bourgogne, ses procureurs, effectuèrent la renonciation, après avoir fait lire des lettres du roi qui couvraient les irrégularités résultant de l'absence de la veuve à la cérémonie, du délai écoulé depuis la mort du mari et du fait que la veuve avait vécu dans son hôtel, après sa mort, en continuant à user des biens communs (1). En 1368, une veuve noble renonça au Parlement et *gita sa ceinture au parc*, en présentant des lettres du roi la dispensant des cérémonies coutumières (2) ; cette irrégularité souleva des protestations. En 1396, une veuve noble déclare au Châtelet que, ne sachant quand elle pourrait *renoncer sur la fosse* de son mari, elle renonce en jugement *et en signe de ce geta sa sainture, sa bourse et ses clefs sur le buffet de notre auditoire* (3). Peu après cette date, sans que d'ailleurs la renonciation solennelle soit abandonnée (4), beaucoup de veuves nobles se contentent de renoncer en jugement, devant le Châtelet (5). Elles imitaient ainsi la pratique habituelle aux roturières qui renonçaient, le plus souvent, devant le juge ecclésiastique ou laïque (6). Les exigences de forme allèrent ainsi en s'atténuant ; mais il était toujours interdit à la femme, après la renonciation, de s'immiscer dans la gestion des biens communs

(1) Viard, *Doc. parisiens*, n° 322 ; cf. Arch. nat. Y 5229, f° 54 (18 juillet 1428).

(2) Texte cité par Guilhaume, p. 494. ✱

(3) Fagniez, *Répertoire*, n° 132.

(4) *Sent. du Châtelet*, n° 151 (1399) : la veuve a renoncé déjà *sur le bord de la fosse*, et encore *d'abondant y a renoncé en notre présence*. Boutillier, II, 21, pp. 803-804 exige, outre la cérémonie solennelle au *moustier*, une déclaration devant le juge laïque ou ecclésiastique, au choix de la veuve.

(5) Textes cités *supra*.

(6) Textes cités *supra*. Cependant, la veuve d'Etienne Bernier fait remarquer que son mari est mort la veille *et repose encores sur terre* : Fagniez, *Répertoire*, n° 47 (1399), et, en 1407, une veuve roturière, en renonçant *d'abondant* devant le Châtelet, précise qu'elle a déjà renoncé, selon la coutume de Senlis, au service *par elle fait célébrer... present le chappelain qui avoit célébré la messe* et d'autres personnes : *Sent. du Châtelet*, n° 157.

✱ Sur cette renonciation de la dame d'Andegzel, cf. P. Petot, une renonciation aux meubles et aux dettes en Parlement, dans la *Rev. hist. d-droit*, 1909, p. 118-122, qui publie les lettres du roi, en français.

et, à plus forte raison, d'en divertir la plus petite part (1). Jean Lecoq nous apprend qu'une femme noble fut déchue du bénéfice de la renonciation pour avoir recélé des meubles communs (2).

Les incertitudes de la pratique relativement à la renonciation décidèrent peut-être les femmes intéressées ou leurs parents à prendre des précautions conventionnelles à l'encontre de l'incapacité possible du mari. La femme pouvait stipuler, au moment du mariage, qu'à sa dissolution elle emporterait ce qu'elle avait apporté; de la sorte, elle n'aurait sans doute aucune part aux bénéfices de la communauté, mais du moins elle reprendrait son apport, en étant entièrement affranchie des dettes (3). Il est bien difficile d'admettre que cette clause excluait entièrement la communauté (4); le mari n'en conservait pas moins, sans doute, la gestion du patrimoine de sa femme, selon les règles habituelles que les conventions des parties n'avaient pas le pouvoir d'écarter. Mais, à la dissolution de la compagnie, la femme était assurée de reprendre son apport libre de dettes: elle s'assurait par avance le bénéfice de la renonciation à la communauté, mais en se fermant aussi la possibilité d'une acceptation pour le cas d'une gestion fructueuse. Elle pouvait encore, semble-t-il, stipuler, à la dissolution, le versement d'une somme d'argent, à titre de forfait de communauté; dans ce cas, elle contribuait aux dettes communes à proportion (5).

Partage de la communauté. — Il convient maintenant, en laissant de côté ces hypothèses un peu exceptionnelles, d'examiner, ce qui est le cas normal au xiv^e siècle, le partage égal de l'actif commun entre les deux époux, si la dissolution de la communauté résulte d'une séparation de corps ou de biens, ou entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé, si la communauté a été rompue par la mort. L'actif à partager s'entend tout d'abord de l'actif effectivement possédé par la communauté au moment de sa dissolution. Cependant, si les parents de la femme lui ont donné en mariage, comme propre, une somme d'argent que le mari s'est engagé à employer en immeubles, cette somme, en cas de non-emploi, devra être prélevée, d'abord, sur l'actif com-

(1) Les veuves affirment souvent qu'elles ont quitté l'hôtel de leur mari tout de suite après le décès ou, en tout cas, qu'elles n'ont pris aucuns biens: *Sent. du Châtelet*, nos 158-160.

(2) *Quaestiones*, n° 131, cité par Guilhiermoz, p. 494.

(3) *Ps. des Marès*, n° 129.

(4) En ce sens, Brissaud, p. 170, n. 3; Viltard, *loc. cit.*, pp. 107-108; *contra*, Viollet, p. 790, n. 1.

(5) *Ps. des Marès*, n° 129, *in fine*.

mun (1). Mais, en dehors de ce cas, la femme ni le mari ne pourrait exercer aucune reprise, à titre de récompense, en cas d'aliénation de leurs propres favorable à la communauté; la coutume parisienne, en retard, à cet égard, sur les coutumes d'autres régions (2), ne connaît pas encore la théorie des récompenses. Sans doute, nous le savons, la femme peut, en consentant à l'aliénation de son propre, stipuler un remploi immédiat ou accepter une compensation à l'aide d'un propre du mari, et le mari peut, de son côté, prendre des dispositions pour assurer le remploi de son propre aliéné (3). Mais ces opérations doivent être effectuées ou tout au moins avoir été dûment promises au moment même de l'aliénation du propre; c'est à la femme, et subsidiairement à ses lignagers, de prendre alors les précautions nécessaires. Toute promesse ultérieure serait suspecte et, à la dissolution de la communauté, la coutume n'interviendra pas pour compenser par d'ingénieuses reprises un sacrifice que la femme ou le mari ont accepté en pleine connaissance de cause. C'est là un système peut-être un peu simpliste, mais franc et loyal: la femme est virilement traitée par la coutume qui lui permet de défendre ses droits, en temps voulu, sans tolérer qu'elle revienne après coup, elle ou ses héritiers, sur un mouvement généreux ou un libre sacrifice.

Les meubles et conquêts restent donc à partager tels qu'ils se comportent à la dissolution de la communauté. C'est une idée ancienne que cette idée de partager également le patrimoine commun, idée plus ancienne sans doute en ce qui concerne les conquêts qu'en ce qui concerne les meubles (4). Elle ne concorde guère, il est vrai, avec les pouvoirs si larges du mari, ni avec son rôle, prépondérant d'ordinaire, dans les acquisitions du ménage; mais elle correspond bien à la notion chrétienne qui fait de la femme l'aide et la compagne du mari, égale et semblable à lui, quoique tenue de lui obéir. Et, de même que, dans les communautés familiales, les communautaires ont des droits égaux en cas de partage, quoique soumis à la direction du chef, de même la femme aura droit à la moitié des biens communs. Et il ne

(1) V. ce qui a été dit *suprà*, p. 181, n. 3.

(2) *Jostice et Plet*, 12, 16, 1 (en cas d'aliénation d'un propre ou de dotation par un seul des époux des enfants communs); *T. A. C. de Bretagne*, c. 211 et 315 (dotation d'un enfant commun, engagement de la femme au profit exclusif du mari); pour l'Anjou, en cas d'amélioration d'un propre de la femme, la *Cout. glosée*, n° 10, admet l'idée de récompense qu'excluaient encore les *Et. de Saint-Louis*, I, 145. Cf. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 364 et s.

(3) V. ce qui a été dit *suprà*, p. 196, n. 2 et 3.

(4) V. *suprà*, p. 166 et s.

s'agit pas d'un simple droit de survie, mais d'un droit ferme, comme compagne, qui sera exercé par ses héritiers si elle meurt la première.

De nombreuses chartes du XIII^e siècle nous révèlent la continuité de cette pratique de partage égal que j'ai signalée, pour les conquêts, dès le milieu du XII^e siècle (1). Dans la seconde moitié du XIII^e siècle, tandis que la jurisprudence du Parlement élabore en détails, dans un sens généreux pour la femme, la notion juridique du conquêt, elle affirme comme allant de soi leur partage égal à la dissolution (2). Le partage égal des meubles apparaît dans les chartes dès le début du XIII^e siècle (3), ainsi que sa conséquence nécessaire, le partage des dettes mobilières communes (4). Au début du XIV^e siècle, de nombreux arrêts affirment et appliquent le principe comme coutume notoire dans la ville et vicomté de Paris (5) et il ne reste plus à la jurisprudence et à la pratique du XIV^e siècle qu'à le répéter sans cesse en réglément ses conséquences de détail (6).

Le recel de quelques meubles par l'un des époux n'empêcherait pas leur partage égal, sans doute parce que toute idée de vol doit être exclue entre mari et femme (7) ; la femme perdrait seulement, nous le savons, son droit à la renonciation. L'époux accusé de recel peut d'ailleurs se purger par son serment (8). Pour parer à tout danger de cette nature de la part du conjoint survivant, les héritiers du prédécédé peuvent toujours requérir l'inventaire de l'actif commun et même, semble-t-il, la désignation

(1) *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 281 (1228) ; *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 435 (1234) : deux époux ont acquis une grange ; à la mort du mari, la moitié de la grange va à la veuve et l'autre moitié au chapitre comme haut-justicier, *ex caduco defuncti* ; Dom Anger, III, p. 300 (1244) : deux serfs de l'évêque et de Saint-Germain des Prés pourront se marier et partager entre eux les acquêts faits ; *Arch. de l'H.-D.*, n°s 338 et 357 (1235 et 1237) ; de Manneville, P. J., pp. 218 et 250 (1262 et 1273) ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 750 (1273) ; *Cart. de N.-D. de Paris*, III, p. 62 (1284).

(2) *Olim*, I, p. 708 (1267), p. 715 (1268) ; III, p. 1178 (1317).

(3) *Arch. de l'H.-D.*, p. 55 et p. 56 (1218) : Havoie, femme de Guillaume le Chenavacier, donne à l'Hôtel-Dieu la moitié des biens meubles et immeubles qu'elle et son mari auront acquis à sa mort ; le mari consent ; il aura l'usufruit des biens donnés ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 293 (1228) ; n° 464 (1248), pour Chartres.

(4) *Arch. de l'H.-D.*, n° 294 (1232).

(5) *Olim*, III, p. 970, n° XXIV (1315), de consuetudine notoria ville Parisiensis ; p. 1178, n° LXXIX (1317), consuetudo... in villa et in vicecomitatu Parisiensibus ; p. 1179, n° LXXXI (1317) ; *Arch. nat.*, X^{1a} 6, f° 181 = Furgeot, n° 407 (1331), de consuetudine Parisius notoria.

(6) Ms. fr. 18110, f° 74, répété presque dans les mêmes termes par *Glanes de droit parisien*, n° 9, § 12 (1459).

(7) Jean Lecoq, *Questiones*, n° 131 ; cf. Boutillier, I, 99, p. 567 ; v., dans un cas un peu différent, Fagniez, *Répertoire*, n° 134 (1399).

(8) Boutarie, n° 7463 (1324).

d'un séquestre qui en prendra soin jusqu'au jour du partage (1). Parfois aussi la main du roi était mise sur le patrimoine commun, par exemple en l'absence des héritiers du conjoint prédécédé et, dans ce cas, les officiers royaux délivraient sa part, sur sa requête, au conjoint survivant (2). Le partage pouvait être effectué à l'amiable par les intéressés, qui faisaient appel parfois à des fripiers jurés, modestes ancêtres de nos commissaires-priseurs (3); en cas de difficultés, le partage était fait par la justice : les meubles existants étaient partagés en nature ; les autres, attribués au prix porté sur l'inventaire estimatif, c'est-à-dire, en principe, selon leur valeur à la dissolution de la communauté (4); cependant, des tempéraments étaient admis à cette dernière règle lorsque un trop long délai s'était écoulé entre la dissolution de la communauté et le partage (5). Au xve siècle, le Châtelet déléguait le soin d'effectuer le partage litigieux à deux notaires qui pouvaient se faire assister, pour les immeubles, par des jurés-maçons (6) : mais il se réservait, sans doute, de statuer en définitive si les opérations des notaires étaient contestées.

Le principe du partage égal s'étend au passif comme à l'actif de la communauté (7). Toute dette régulièrement contractée par l'un des époux peut être poursuivie pour le tout contre lui ou ses héritiers, et à concurrence de moitié contre l'époux survivant. Notamment, les engagements du mari peuvent être réclamés à la femme, à concurrence de moitié, dès la dissolution de la communauté, encore qu'elle n'y ait pas personnellement participé. Nous avons des exemples de ces actions dirigées aussi bien contre des femmes séparées (8) que contre des veuves (9). Si la femme s'est engagée personnellement et pour le tout, à côté de

(1) Par exemple, Arch. nat., X^{1a} 12, f^o 22 (1347).

(2) Arch. nat., X^{1a} 10, f^o 6 (1343).

(3) Arch. nat., X^{1a} 8, f^o 278 v^o (1343) : un salaire de 6 d. pour livre leur est alloué.

(4) Arch. nat., X^{1a} 12, f^o 22 (1347).

(5) Arch. nat., X^{1a} 11, f^{os} 79 v^o-81 (1345) : la réclamation est faite vingt-six ans après la dissolution de la communauté ; ce texte énumère tous les meubles et présente un tableau intéressant de la situation d'un riche paysan de la région de Gonesse.

(6) *Sent. du Châtelet*, n^o 171 (1454) ; Fagniez, *Répertoire*, n^o 174 (1399) ; un examinateur est commis à un partage d'après Y 5232, f^o 37 v^o (1454).

(7) *Cout. not.*, n^o 15 = *Ps. des Marès*, n^o 153 ; *Cout. not.*, n^{os} 83 et 187 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 32 v^o. En 1396, un mari, comme exécuteur testamentaire de sa femme, paie la moitié du restant dû d'une dette par lui contractée pendant la communauté : Arch. nat., Y 5220, f^o 132 v^o.

(8) Arch. nat., X^{1a} 5, f^o 273 v^o (1323) = Boutaric, n^o 7054 ; *Sent. du Châtelet*, n^o 141 (1455).

(9) Arch. nat., X^{1a} 6, f^o 181 (1331) = Furgeot, n^o 407 ; *Sent. du Châtelet*, 1. 142 (1396), n^o 143 (1409) et n^o 161 (1414).

son mari, elle peut être exécutée pour le tout, selon les principes de la solidarité, et sauf recours pour moitié contre son mari ou ses héritiers (1). Il n'y a pas trace, au moyen-âge, d'une distinction entre les engagements intéressant le mari seul et ceux intéressant la communauté; du moment que la femme contracte à côté de son mari, elle agit en vraie compagne et à ses risques (2).

Telle apparaît en ses détails, au moyen-âge, l'organisation de la communauté entre époux. On y retrouve très vive la préoccupation de conserver le patrimoine propre de chacun des époux, patrimoine normalement composé de biens de famille; ces propres ne peuvent être aliénés sans le concours des deux époux; parfois, même, nous avons constaté l'intervention des lignagers de la femme, souvenir bien caractéristique d'un régime plus ancien où toute la famille participait à l'aliénation d'un propre. Ce premier trait relie la communauté conjugale à tout ce que nous pouvons apercevoir du fonctionnement des communautés familiales à l'époque la plus ancienne; et, si nous les connaissions mieux, nous constaterions sans doute d'autres analogies, notamment entre les pouvoirs du mari comme chef de la communauté conjugale, et ceux du patriarche chef de la communauté familiale. Dans l'un et l'autre cas, ces pouvoirs étaient limités par le vif souci des intérêts du groupe et par des habitudes traditionnelles nées de préoccupations morales. Tous ces usages n'avaient pas pris le contour précis de coutumes juridiques, parce qu'ils n'avaient pas été soumis à l'appréciation et à la confirmation des tribunaux. Il est bien connu, en effet, que l'intervention des tribunaux est dissolvante pour ces communautés familiales qui ne peuvent subsister sans la volonté persévérante de leurs membres de sacrifier au bien commun leurs vues personnelles; or, les débats devant le juge, en développant l'aigreur dans l'esprit des parties, les conduisent trop souvent à pousser jusqu'au bout leurs prétentions; dès lors, toute discussion judiciaire sur l'étendue des pouvoirs du chef et des membres mène pratiquement à la dissolution de la communauté familiale. Il ne pouvait en être de même pour la communauté conjugale, qui devait naître avec l'union des époux et subsister indissolublement jusqu'à la mort de l'un d'eux, sauf l'hypothèse assez rare de la séparation de corps. Il était donc nécessaire de régler avec plus de fermeté et de préci-

(1) *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f° 221; *Style du Châtelet*, ms. fr. 4369, f° 33, qui atteste que cela a été jugé en Châtelet en 1395; ms. fr. 18419, f° 33 v°.

(2) Mais la femme n'est pas tenue de payer les frais funéraires qui sont postérieurs à la communauté; ils sont exclusivement à la charge des héritiers du mort: *Cout. not.*, n° 70 = *Ps. des Marès*, n° 181; cf. ms. fr. 18110, f° 61 v°.

sion les rapports entre le mari et la femme, sans se contenter de simples traditions ou usages comme dans les communautés familiales.

C'est à quoi la coutume s'est efforcée, à partir du XIII^e siècle, et nous avons suivi ses efforts en même temps que ses hésitations. Vis-à-vis de la femme, il a été possible d'affirmer nettement la puissance du mari, plus nettement même que la puissance du patriarche dans la communauté familiale, et cette puissance s'est traduite par une maîtrise absolue sur les meubles du ménage, comme par la nécessité pour la femme de n'agir qu'avec l'autorisation du mari. Mais, au XIII^e siècle, la femme peut encore se substituer au mari, s'il est dans l'impossibilité juridique ou matérielle de gérer la compagnie, et son concours demeure nécessaire pour disposer des conquêts. Au XIV^e siècle, la maîtrise du mari sur les conquêts lui donne une influence excessive sur la direction de la compagnie, en même temps que des conceptions peu favorables à la capacité juridique des femmes s'infiltrèrent déjà dans la pratique pour infliger à la femme une intervention supplétive du roi ou de la justice, dans les cas où la pure tradition coutumière admettait son action indépendante.

Ces déviations n'empêchaient pas la femme de participer largement, en fait, aux actes principaux de la vie juridique du ménage et d'y participer librement et hardiment, avec le droit de se défendre comme avec la possibilité de se sacrifier, sans être traitée en incapable qu'il faut protéger malgré elle. Ses actes, pendant le mariage, auront un caractère définitif et produiront, sans recours, leurs conséquences bonnes ou mauvaises. Elle pourra seulement protéger son patrimoine propre en renonçant à la communauté que le mari a gérée avec trop d'indépendance et qui répondra de son impéritie ou de sa malchance ; c'est un gros sacrifice pour elle que de renoncer obligatoirement aux conquêts, au XIV^e siècle, alors qu'il suffisait, au XIII^e, d'abandonner les meubles, mais, une fois admise la maîtrise du mari sur les conquêts, cette suite logique s'imposait : la renonciation, qui contre-balançait les pouvoirs du mari, devait s'étendre avec eux au grand dommage de la femme. Et même certains praticiens ignares voulurent obliger la veuve à renoncer à son douaire pour sauver ses propres et réussirent finalement à priver la veuve roturière d'une faculté de renonciation cependant indispensable à la préservation de ses biens de famille. En faisant de la renonciation à la communauté un privilège des veuves nobles, le XV^e siècle témoignait d'une méconnaissance absolue des traditions coutumières cherchant à organiser, sous la direction nécessaire du mari, le

fonctionnement le meilleur de la compagnie et, en tout cas, sauf sacrifice pleinement volontaire, la sauvegarde du patrimoine propre de la femme.

Mais cette méconnaissance de la tradition, en ce xve siècle si dépourvu de boussole dans le domaine juridique, devait produire, dans la suite, des conséquences bien plus graves ; un régime aussi complexe que ce régime de communauté, où sans cesse plane, au-dessus des questions d'intérêts, le souci supérieur de maintenir l'union intime et confiante entre les époux, ne peut vraiment s'épanouir que dans une atmosphère imprégnée des traditions qui le complètent ou le corrigent et, en tout cas, le vivifient. Cette atmosphère ne se retrouvera plus : malgré quelques réactions heureuses, on n'arrivera pas à restaurer entre les époux une vraie collaboration ; on réussira seulement, avec une remarquable ingéniosité, à équilibrer leurs intérêts, lorsqu'à la dissolution de la compagnie on en établira la balance finale.

SECTION II. — La communauté après la rédaction de la coutume (xvie-xviii^e siècles)

La coutume est restée fidèle, dans ses grandes lignes, au régime traditionnel (1). Cependant, certains détails ont été précisés et modifiés par la jurisprudence, non seulement au cours du xvie siècle, mais encore après la réformation de 1580 (2). D'autre part, les jurisconsultes ont systématisé le régime en essayant d'en dégager et d'en développer les principes essentiels (3). C'est ce double travail de jurisprudence et de doctrine que je voudrais

(1) L'A. C., art. 104-119, recueille tout simplement la tradition parisienne relative à la communauté conjugale ; son titre 10, *communauté de biens*, reproduit presque littéralement le *Coustumier de Châtelet* que j'ai publié, nos 78-88, et dont le titre correspondant est d'ailleurs incomplet ; le projet de 1507 atteste aussi que la rédaction de ce titre ne souleva aucune difficulté ; on y trouve seulement un écho des incertitudes anciennes relatives à la renonciation à la communauté : *Trav. préparatoires de l'A. C.*, art. 104-118.

(2) Le titre 10 de la N. C., art. 220-246, contient un certain nombre d'articles nouveaux s'inspirant de la jurisprudence du Parlement : *Manuscrits de Simon Marion*, II, pp. 81-84.

(3) Les traités de Lebrun et de Renusson sur la communauté sont classiques ; je n'ai pas cru devoir cependant m'y référer, car ils ne commentent pas directement la coutume de Paris. En dehors des commentateurs de la coutume, parmi lesquels ne figure plus Brodeau, dont le traité est inachevé, je ne citerai que Bourjon qui vise sans cesse l'usage du Châtelet, et Pothier, dont les deux ouvrages, *Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme* et *Traité de la communauté* (*Œuvres*, édit. in-4^e, de 1781, t. III), représentent le dernier état du droit et suivent les coutumes de Paris et d'Orléans.

dégager dans ses idées générales, et abstraction faite des détails (1).

La communauté conjugale reste, dans la région parisienne, le régime normal entre époux ; il semble même résulter des textes qu'elle est considérée comme la conséquence nécessaire du mariage (2). Mais cela n'est exact qu'à défaut de conventions expresses, car la doctrine admet unanimement le principe de la liberté des conventions matrimoniales (3). Et ce principe ne s'entend pas seulement de la possibilité de modifier les traits du régime normal (4) ; les époux étaient libres d'exclure la communauté ou d'organiser entre eux une séparation conventionnelle de biens (5). Certains auteurs fondaient même sur la volonté tacite des époux l'adoption du régime normal, quand il n'était pas intervenu de conventions de mariage (6) ; c'était exagérer bien inutilement le principe d'autonomie des volontés dont on se servait sans cesse, il est vrai, pour résoudre les conflits de coutumes si fréquents en notre matière (7). L'opinion dominante fondait l'établissement du régime de communauté sur la force même de la coutume, dont les prescriptions étaient par elles-mêmes impératives, à moins d'avoir été écartées par des conventions formelles (8). Et les clauses déroatoires, si elles n'excluaient pas expressément le régime de communauté, étaient interprétées selon l'esprit du régime, ce qui permettrait de maintenir toujours l'autorité maritale et d'écarter les clauses léonines (9).

Il semble d'ailleurs qu'à partir du xvi^e siècle, l'habitude de rédiger des contrats de mariage se répand, un peu dans toutes

(1) Cela a déjà été fait, d'une manière remarquable, pour le droit commun coutumier, par Ch. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 59-74 (puissance maritale) et pp. 293-464 (communauté).

(2) A. C., 104 ; N. C., 220.

(3) V. Lefebvre, *loc. cit.*, pp. 406-433 ; la coutume d'Orléans, A. C., 173 ; N. C., 102, le formulait expressément.

(4) J'étudierai ces clauses déroatoires à leur place logique ; Ferrière, *Corps et Compilation*, III, p. 12, n^o 38, énumère les plus usuelles. — Sur le principe, v. Le Camus, *ibidem*, p. 18, n^{os} 12-13.

(5) V. entre autres Bourjon, *Droit commun*, I, p. 510 et s.

(6) C'était le sentiment de Du Moulin, au témoignage de Pothier, *Communauté*, n^o 10, qui s'y rallie entièrement.

(7) Sur cette question, d'un intérêt pratique considérable, mais qui ne rentre pas dans mon sujet, v. Bourjon, I, pp. 506-510. On sait que le Parlement de Rouen n'admettait pas ce principe d'autonomie et maintenait le principe du statut réel, au grand scandale de la doctrine.

(8) Ferrière, III, p. 6, n^o 10 ; Bourjon, I, p. 517.

(9) Le Camus, dans Ferrière, III, p. 18, n^o 13, admet toute clause déroatoire, pourvu qu'elle ne soit pas contraire au droit commun ou à une disposition prohibitive de la coutume. Le critérium était suffisamment souple pour permettre un sérieux contrôle de la part de la jurisprudence.

les classes de la société (1). Mais ces actes ne sont guère explicites : ils se bornent d'ordinaire à mentionner les apports en mariage des futurs époux et à fixer le douaire de la veuve. Cependant, aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, ils deviennent plus prolixes et modifient plus volontiers les cadres de la coutume (2) ; c'est la conséquence naturelle du triomphe du principe de la liberté des conventions matrimoniales. Au témoignage de Le Camus, lieutenant civil au Châtelet, à la fin du ^{xvii}^e siècle, l'exclusion de la communauté était devenue habituelle chez les personnes de qualité.

La coutume réformée décida, selon l'opinion de Du Moulin (3), que la communauté commencerait le jour de la bénédiction nuptiale (4) ; on exigeait, dans l'intérêt des tiers, une célébration publique (5), et les mariages à la Gaulmine, qui escamotaient les règles posées par le concile de Trente et l'ordonnance de Blois (6), n'établissaient pas la communauté entre les époux (7). Les tiers devaient pouvoir connaître un mariage qui modifiait si complètement la situation juridique de la femme. La même préoccupation conduisit la doctrine, en l'absence de tout texte dans la coutume, à formuler et à développer le principe de l'immuabilité des conventions matrimoniales (8).

La coutume exprimait la vieille idée que le mariage émanait (9) ; la puissance paternelle prenait fin par le mariage, aussi bien pour l'homme, maître désormais de ses actes, que pour la femme, immédiatement soumise à la puissance maritale. Mais les jeunes époux, par le fait du mariage, n'acquièrent pas toujours une pleine capacité. La coutume réformée précise, selon

(1) Il y en a un très grand nombre, analysés dans Campardon et Tuetey : *Inventaire des registres des insinuations du Châtelet de Paris, Règnes de François I^{er} et de Henri II*, 1906, et dans Coyecque, *Recueil d'actes notariés relatifs à l'histoire de Paris et de ses environs au XVI^e siècle*, 1905 ; mais les analyses sont trop brèves pour fournir des renseignements juridiques. — Il y aurait d'intéressantes monographies à écrire sur les usages matrimoniaux des diverses classes sociales d'après le dépouillement des registres d'insinuations.

(2) V. dans Lefebvre, *loc. cit.*, p. 412, n. 1, un modèle de contrat de mariage reproduit d'après le *Nouveau et parfait notaire* de Cassan et Bru-neau ; ajoutez Cl. Jos. de Ferrière, *La science parfaite des notaires*, 4^e, 1778, t. I, p. 275 et s.

(3) *Notae solemnes*, sur Valois, art. 94 (II, p. 702).

(4) Art. 220.

(5) C'était déjà l'opinion de Du Moulin, texte cité *suprà*, n. 3.

(6) Cf. Viollet, pp. 426-427.

(7) Ferrière, III, p. 34, n^o 7 ; ainsi jugé par un arrêt du 26 mai 1705 ; cette conséquence était rattachée à l'édit de 1639 qui privait d'effets civils les mariages clandestins.

(8) Le Camus, dans Ferrière, III, p. 19, n^o 23 ; Lefebvre, *loc. cit.*, p. 432.

(9) A. C., 117 ; N. C., 239.

une jurisprudence probablement bien antérieure (1), que les époux, jusqu'à vingt-cinq ans, ne peuvent aliéner ni hypothéquer leurs immeubles ; pour ces actes graves, ils doivent se soumettre aux formalités imposées aux mineurs émancipés (2) ; mais, pour les actes de simple administration, ils peuvent se passer de l'assistance d'un curateur. Ce fut la conséquence de l'adoption définitive, en pays coutumier, de la majorité tardive du droit romain.

Il faut maintenant décrire le régime de communauté en étudiant successivement, pour plus de clarté, sa composition, son fonctionnement et sa dissolution. Nos anciens auteurs y voient une société de biens, mais avec des règles si particulières qu'il faut d'abord la décrire, avant de chercher à en donner une explication d'ensemble. Il restera enfin à parler des communautés continuées, désormais sans liens avec les anciennes communautés familiales.

§ 1. — COMPOSITION DE LA COMMUNAUTÉ

Elle est restée la même qu'au XIV^e siècle, activement et passivement (3). Elle comprend, tout d'abord, les meubles et les dettes mobilières de chacun des époux au moment de la célébration du mariage (4). Mais des clauses dérogatoires peuvent intervenir. Si l'apport mobilier de l'un des époux est important, la clause dite de *réalisation* en exclura une partie de la communauté : les meubles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, seront censés propres à l'époux qui les a apportés et, à la dissolution, avant tout partage, il en reprendra la valeur, même si les meubles n'ont pas été effectivement convertis en immeubles (5). En sens inverse, l'un des époux pouvait stipuler que ses immeubles tomberont en communauté, à concurrence d'une certaine valeur (6) ; cette clause, dite d'*ameublement*, pouvait aller jusqu'à la commu-

(1) Etampes, 99 (1539) ; Montfort l'Amaury, 134 (1556) ; Dourdan, 85 (1556) ; Du Moulin, sur Paris, 117, *Notae solemnes*, II, p. 694.

(2) Ferrière, III, p. 493 et s.

(3) A. C., 109-110 ; N. C., 220-221. Toutes les coutumes environnantes contiennent des règles analogues ; il suffit de consulter la conférence des coutumes, soit celle de Guénois, soit celle que donne Ferrière dans son *Corps et Compilation*.

(4) Bourjon, I, p. 519, n° 2, remarque que les meubles se confondent par eux-mêmes.

(5) Ferrière, III, p. 47, n°s 13 et s. ; Pothier, *Communauté*, n°s 315 et s. ; mais il faut, précise Bourjon, I, p. 523, que les époux soient en mesure de prouver la consistance de leur mobilier.

(6) Ferrière, III, p. 61 et s.

nauté universelle, du moins lorsque les époux étaient majeurs de vingt-cinq ans (1).

Les conjoints pouvaient aussi exclure, par la clause de *séparation de dettes*, la communauté des dettes antérieures au mariage, susceptible de réserver des surprises désagréables. La coutume réformée exigea sagement, dans ce cas, la rédaction d'un inventaire des biens antérieurs au mariage qui constituaient le gage des créanciers (2); à défaut d'inventaire, la clause n'était pas opposable aux créanciers qui pouvaient agir contre la communauté, mais elle restait valable entre les époux, en ce sens que les dettes payées par la communauté l'étaient seulement à charge de récompense (3).

Pendant la durée de la compagnie, la communauté fait siens les fruits des immeubles propres des époux, à charge d'acquitter les arrérages des dettes réelles qui les grèvent. Elle s'enrichit de même de tous les meubles acquis par les époux à quelque titre que ce soit et, notamment, par l'industrie du mari ou de la femme. De même, les meubles venus à l'un des époux par succession ou donation tombent en communauté, à moins que le contrat ne contienne à leur égard une clause de réalisation. Cette clause peut compléter celle qui exclut de l'actif commun les meubles antérieurs au mariage, et ainsi la communauté est réduite aux fruits des propres, au produit de l'industrie des époux et aux conquêts acquis à titre onéreux pendant le mariage avec les économies du ménage (4).

La communauté des conquêts reste un trait essentiel du régime (5); mais la notion de conquêt a tendance à se restreindre, pour des raisons diverses, à partir du *xv^e* siècle. Il en résulte cette conséquence heureuse que les pouvoirs du mari, qui est toujours seigneur et maître des conquêts, en sont un peu dimi-

(1) D'après l'usage constant du Châtelet, le mineur de vingt-cinq ans ne pouvait ameubler que le tiers de ses immeubles, avec l'assentiment de son tuteur et l'avis conforme de ses parents, suffisamment établi par leur signature au contrat : Bourjon, I, p. 524, nos 8 et s.

(2) Art. 222, portant exception à l'art. 221 = A. C. 109 qui stipulait en principe la communauté des dettes. La rédaction de cet article fut mûrement étudiée : *Mss. de Simon Marion*, p. 81.

(3) Ainsi jugé par arrêt du Parlement du 31 décembre 1600, rapporté par Ricard dans Ferrière, III, p. 128.

(4) Bourjon, I, p. 526, n° 4; Pothier, *Communauté*, n° 318. La combinaison de ces deux clauses réalisait ce que nous appelons aujourd'hui la communauté réduite aux acquêts. Mais notre ancienne pratique ne lui donnait pas l'importance qu'elle a prise depuis le Code civil. Ferrière ne la cite pas parmi les clauses dérogatoires et, dans son *Notaire*, il n'indique pas une clause spéciale pour réaliser cette combinaison.

(5) Sur la théorie du conquêt, voyez la III^e glose de Ferrière sur l'art. 220 (III, p. 47 et s.) et Pothier, *Communauté*, nos 105-203.

Sur la portée de cet art. en ce qui concerne l'obligation de rendre compte incombant à l'époux survivant dans la tutelle des enfants du 1^{er} lit, v. acte de notoriété du Châtelet du 16 déc. 1730 (Crd. Louis xv, III, p. 438-443, avec un métr. d'avocat sur la question, p. 443-465. Malgré la clause de sépar. de dettes, le 2^e mari est tenu solidaire, comme mari de cette oblig. avec sa femme [S. 1.31]

nués, mais tel n'est pas sûrement le but cherché. En principe, est conquêt tout immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage par les deux époux ou par un seul ; Bourjon fonde cette présomption *sur ce que le temps du mariage est celui du plus fort travail* (1). La coutume décide encore, selon la tradition, qu'une rente rachetée pendant le mariage sur le propre de l'un des époux est conquêt de communauté, c'est-à-dire qu'à la dissolution, le propriétaire du bien propre doit servir la rente à concurrence de moitié au conjoint survivant ou à ses héritiers (2). Avec le rachat illimité des rentes, permis depuis le xvi^e siècle, cette solution ne présentait plus d'inconvénients pratiques, puisque le propriétaire pouvait toujours achever la libération de son propre (3).

De même, si l'héritage acquis à titre onéreux l'a été dans le lignage de l'un des époux, c'est un conquêt de communauté, sauf en cas de dissolution de la compagnie, le droit pour les héritiers du côté du propre d'exercer le retrait de mi-denier sur la part affectée à l'autre conjoint et qui, autrement, sortirait de la ligne (4). Ici encore, la tradition a été conservée. Mais, si un héritage du lignage de l'un des époux a été acquis par retrait des deniers de la communauté, il restera propre à l'époux lignager, (1) sauf récompense à la communauté. Ici, la solution traditionnelle est écartée (5), quoique la situation soit juridiquement analogue ; mais, comme il n'y a pas de texte (6), la jurisprudence suit la tendance générale qui est d'accroître les propres plutôt que les conquêts, sauf à corriger cette extension par des récompenses (7).

Si l'acquisition résulte d'un retrait féodal exercé par le mari dans son fief ou dans celui de sa femme, on considère également

(1) *Droit commun*, I, p. 535, n° 3. Du Moulin, *In cons. Paris.*, sur l'art. 33, gl. 1, n° 142 (I, p. 426), reconnaissait que la moitié du bien acquis par le mari seul était censée appartenir à la femme *ab initio*.

(2) A. C., art. 119, dont la rédaction est un peu différente de celle de l'article correspondant du projet de 1507 : *Trav. préparatoires de l'A. C.*, art. 118 ; N. C., 245.

(3) Sens, A. C., 275 ; N. C., 278, prenait la précaution de permettre expressément ce rachat ; cf. Mantes et Meulan, N. C., 128. — La coutume d'Anjou de 1508, art. 286, 297-298, décidait que la rente ainsi rachetée serait conquêt de communauté, à moins que l'héritier du propre ne donnât récompense à concurrence de la moitié du prix du rachat.

(4) Ferrière, III, p. 56, n° 32. Cette solution paraît bien avoir été admise pour donner quelque signification à l'art. 155 de la N. C., qui, selon la tradition, prévoyait le retrait de mi-denier.

(5) Elle était conservée par Anjou, 285, qui admettait naturellement le retrait de mi-denier comme dans le cas précédent.

(6) La N. C., 155, ne parlait en effet que des biens acquis par achat direct dans le lignage.

(7) Pothier, *Communauté*, nos 166 et 627 ; c'était la solution formelle de la N. C. d'Orléans, 382.

(1) Du Moulin le déclare déjà dans son *Comm. posthume* s/l'art. 184 de l'A. C., n° 1 (I, p. 424).

que l'acquisition est propre au conjoint seigneur du fief, sauf récompense à la communauté (1). Mais si l'héritage était acquis directement dans la mouvance de l'un des époux, ce serait un conquêt de communauté, l'époux seigneur du fief pouvant toutefois user d'une sorte de retrait de mi-denier féodal pour l'unir à sa table (2). Enfin, si les époux acquéraient pendant la communauté, par licitation, un immeuble où l'un d'eux avait une part indivise, cet immeuble serait propre à cet époux, sauf récompense (3). Toutes ces solutions prouvent la corrélation étroite qui existe entre les deux techniques du conquêt et de la récompense : au moyen-âge, où l'on ignore la notion de récompense, l'équilibre des intérêts est suffisamment réalisé par l'extension de la notion de conquêt ; au xvii^e siècle, où la généralisation de la technique des récompenses permet toujours, à la dissolution du mariage, de rétablir cet équilibre, on voit des propres partout où le silence des textes permet d'écarter les solutions traditionnelles.

L'acquisition d'un office par le mari, pendant la communauté, posa des problèmes nouveaux, surtout à partir du moment où, par l'établissement de la Paulette, les offices devinrent patrimoniaux. On tergiversa beaucoup avant de résoudre la question d'une manière tout à fait satisfaisante (4) ; on ne pouvait méconnaître les droits de la communauté, qui avait payé le prix et qui réglait annuellement la Paulette ; on était ainsi conduit à traiter l'office comme un conquêt. Mais cette solution était pleine d'inconvénients pratiques quand la femme précédait : on ne pouvait équitablement permettre aux héritiers de la femme de mettre en vente un office dont les qualités personnelles du mari avaient peut-être augmenté la valeur et sur lequel il avait, en

(1) Ferrière, III, p. 55, nos 26 et 27, suivant l'opinion de Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 20, glose 1, nos 47-48 (I, p. 303) ; l'exercice du retrait féodal prive la communauté du quint denier : aussi Bourjon, I, p. 539, n° 14, paraît bien tenté de lui accorder de ce chef une compensation que Ferrière, n° 27, lui refuse nettement.

(2) Ferrière, III, p. 56, n° 28. C'est bien l'avis de Du Moulin, quand l'acquisition a été faite dans la mouvance de la femme ; mais, si le mari a acquis un fief dans sa mouvance, Du Moulin déduit de sa théorie de la consolidation que ce fief lui sera propre : *ibidem*, art. 43, gl. 1, nos 189-191 (I, p. 540). Il y a une sorte d'accroissement au propre, par la vertu inhérente au domaine direct. De même Pothier, *Communauté*, n° 192, considère que l'accroissement d'un propre par alluvion constitue un propre et non un conquêt.

(3) Bourjon, I, p. 537, n° 11.

(4) Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 110, n° 1 (I, p. 880), n'hésitait pas à considérer l'office comme un conquêt de communauté, tout en permettant au mari survivant de le conserver en rapportant à la communauté la moitié de sa valeur.

tout cas, des droits indiscutables (1). En définitive, l'office fut bien considéré comme un conquêt, mais le mari survivant pouvait toujours le retenir, en récompensant la communauté des sommes qu'elle avait versées pour l'acquisition ou la conservation de l'office (2). Si l'office était propre, il le restait lorsque la communauté avait versé des deniers pour l'extension de ses droits et prérogatives ; le mari lui devait seulement récompense (3).

Les immeubles venus à titre gratuit à l'un des époux pendant le mariage sont, en principe, des conquêts de communauté (4). La coutume exceptait seulement les immeubles donnés ou légués par des parents en ligne directe qui, considérés comme des avancements d'hoirie, sont des propres au premier chef. Mais le donateur peut toujours stipuler que les biens donnés resteront propres à l'époux donataire et cette stipulation suffit pour les exclure de la communauté (5). D'autre part, il y eut quelque difficulté en ce qui concerne les biens donnés ou légués par un parent en ligne collatérale. Traditionnellement, ces immeubles étaient des conquêts, comme l'étaient d'ailleurs, au xiv^e siècle, les biens venus de succession collatérale. Mais, depuis la rédaction de la coutume, tous les immeubles venus de succession étaient des propres et l'on ne se souvenait même plus de la distinction ancienne ; il eût donc été assez logique de considérer aussi comme propres les biens venus par legs ou donation d'un collatéral. Cependant, la jurisprudence conserva à cet égard la solution traditionnelle : un arrêt du Parlement, du 18 mai 1646, confirma une sentence du Châtelet rendue en ce sens après enquête par turbe (6). Ces décisions pouvaient s'appuyer sur un bon argument de texte (7). Elles fixèrent la doctrine et la jurisprudence, malgré le sentiment contraire d'E. de Laurière, soutenu sur le ton tranchant et un peu

(1) Ferrière, III, p. 75, nos 2 et s., se refusait à considérer l'office comme un conquêt, du moins quand la femme précédait ; l'office était ainsi tantôt un conquêt, tantôt un propre, ce qui est bien singulier.

(2) Pothier, *Communauté*, n° 663 ; le mari pouvait toujours laisser vendre l'office au profit de la communauté ; il ne le faisait que si l'office avait diminué de valeur depuis son acquisition, en sorte que l'office était aux risques de la communauté, comme le remarque très bien Pothier.

(3) Pothier, *Communauté*, n° 638.

(4) N. C., 246 ; l'A. C. ne contenait aucune disposition à cet égard : *Mss. de Simon Marion*, p. 84.

(5) N. C., 246, adoptant la solution de Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 110, n° 2 (I, p. 880) ; Bourjon, I, p. 531, nos 20 et s.

(6) Rapporté notamment par Ricard dans Ferrière, III, p. 635.

(7) L'art. 246 stipulait, en effet, que toute chose donnée simplement à un conjoint était commune, sauf les donations en ligne directe.

dédaigneux qui lui était habituel (1). La tentative d'E. de Laurière révèle la tendance croissante de la doctrine à maintenir le patrimoine propre des deux époux en restreignant la notion de conquêt ; l'idée de conservation des biens dans les familles, renforcée par des considérations aristocratiques et politiques, cherche à réagir contre les conceptions plus généreuses et plus simples du moyen-âge.

La communauté ainsi composée supportait les dépenses relatives à l'entretien du ménage et des enfants (2). Jouissant des fruits du patrimoine propre de chacun des époux, elle devait acquitter les arrérages des dettes réelles qui le grevaient et entretenir les immeubles en bon état de réparations. Mais le mari n'était plus le maître d'imposer à la communauté des dépenses d'amélioration de ces propres ; ou, du moins, la communauté ne les assumait que provisoirement et sauf à en être récompensée à la dissolution (3). On corrigeait de la même manière l'ancien principe que tous les engagements du mari étaient exécutoires sur la communauté (4). Les dettes de la femme n'engageaient la communauté que si elles avaient été contractées avec l'autorisation expresse du mari, selon ce qui sera dit à propos du fonctionnement de la communauté.

Il y eut des difficultés au sujet des dettes des successions échues à l'un ou l'autre des époux pendant le mariage (5). Les meubles de ces successions tombaient en communauté ; devait-on les grever de l'ensemble des dettes mobilières ? Cette liaison entre les meubles et les dettes était depuis longtemps abandonnée pour la répartition du passif héréditaire ; les héritiers les supportaient au prorata de leur émolument total, sans distinguer les différentes masses de biens (6). A l'égard de la communauté, les raisons de décider n'étaient pas tout à fait les mêmes, car elle supportait les dettes antérieures au mariage comme charge natu-

(1) *Cout. de Paris*, II, pp. 247-251. E. de Laurière tirait argument de l'art. 133 décidant que les biens venus d'un collatéral étaient propres et pouvaient être retraités en cas de vente ultérieure ; étant propres de retrait, E. de Laurière en concluait qu'ils étaient propres de communauté ; la conséquence ne s'imposait nullement, car on pouvait toujours sauvegarder le droit des lignagers en leur donnant le retrait de mi-denier à la dissolution de la communauté. — Bourjon, I, p. 527, atteste que la solution traditionnelle est toujours admise.

(2) Bourjon, I, p. 564, nos 1 et s.

(3) Des précisions seront données *infra*, à propos de la théorie des récompenses.

(4) A. C., 109 ; N. C., 221.

(5) Sur cette question, v. Ferrière, III, pp. 117-124.

(6) N. C., 334.

relle des meubles qu'elle faisait siens. Bourjon, pour résoudre le problème, fait une distinction qu'il affirme conforme à la pratique constante du Châtelet (1). Si la succession est échue à la femme, la communauté supporte la totalité des dettes mobilières, à moins qu'il n'y ait entre elles et l'actif mobilier recueilli une différence trop marquée, permettant de soupçonner un avantage indirect au profit de la femme. Si la succession est échue au mari (2), la communauté ne paiera définitivement les dettes mobilières qu'au prorata des meubles recueillis ; en décider autrement eût été ouvrir au mari de dangereuses possibilités de fraude. Pothier se déclare partisan d'une solution encore plus équitable, mais qui brise entièrement avec la tradition (3) : la communauté ne supporte les dettes qu'au prorata de sa part de meubles, mais elle les supporte toutes, dettes mobilières et dettes réelles, notamment valeur en capital des rentes grevant les propres. Il affirme lui aussi, d'après Denisart, que telle est l'opinion suivie au Châtelet de Paris.

§ 2. — FONCTIONNEMENT DE LA COMMUNAUTÉ

Il est dominé par la notion essentielle d'autorité maritale. Sans doute, les auteurs considèrent que la communauté est une société (4) ; mais c'est une société très particulière dans laquelle les associés sont très loin d'avoir des droits égaux ; le mari en est très nettement le chef, avec une large autorité, et la femme, frappée d'une incapacité presque complète, ne peut agir qu'en subordination.

Le mari a la libre disposition pendant sa vie du patrimoine commun composé des meubles et des conquêts : selon l'expression des deux coutumes, il en est *seigneur et maître* (5). Il peut donc en disposer à son gré, aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. Sans doute, l'A. C., art. 107, ne permettait pas formellement au mari d'aliéner les conquêts à titre gratuit ; mais Du Moulin n'hésita pas à maintenir la solution traditionnelle (6) ; il permit même la donation d'un conquêt avec rétention d'usufruit, bien

(1) *Droit commun*, I, p. 557, nos 1 et s.

(2) « *Sa qualité de souverain administrateur faisant une différence totale* », dit Bourjon, *loc. cit.*, n° 1.

(3) *Communauté*, n° 261.

(4) Ferrière, III, p. 3, n° 1 : une espèce de société ; Pothier, *Puissance du mari*, *principium*.

(5) A. C., 107 ; N. C., 225.

(6) *In cons. Paris.*, sur l'art. 107, nos 1-4 (I, p. 868).

qu'elle ressemblât singulièrement à une disposition testamentaire, expressément interdite par la coutume. Mais il la condamnait en cas de fraude. Il admettait, sous la même réserve, une donation de conquêts faite à un frère, et son autorité déterminait sans doute le Parlement, par arrêt du 14 août 1571 (1), à valider une donation de conquêt fait à une nièce. Par contre, il excluait comme frauduleuse par elle-même toute donation de l'universalité des conquêts (2).

Il est probable que la N. C., art. 225, entendit suivre ses directions en permettant les donations de conquêts à *personne capable et sans fraude*. Cette formule un peu vague souleva des difficultés d'interprétation (3). On excluait aisément, sans doute, la donation à une concubine ou à un enfant naturel qui, d'après la théorie générale des obligations, étaient incapables de recevoir; on considérait aussi comme frauduleuse une donation faite par le mari à une personne dont il devait probablement être l'héritier: c'était un moyen trop facile de s'attribuer la majeure part des conquêts au mépris des règles coutumières. Mais fallait-il étendre la prohibition à tous les parents du mari? La doctrine, comme la jurisprudence, hésitait. Ferrière admettait la validité de la donation à charge de récompense due à la femme, et Bourjon, en proposant la même solution, assure qu'elle a la préférence des anciens avocats du Châtelet (4). D'autres auteurs permettaient même à la femme de demander la séparation de biens en cas de donation abusive des conquêts (5). En réalité, on se trouvait en présence d'une prérogative tout à fait exorbitante du mari (6). Et, loin de chercher à la restreindre, on voulut la justifier par des motifs singuliers qui allaient à l'encontre de l'esprit même du régime. On considère que le travail et l'industrie du mari, avant tout, enrichissent la communauté (7); il est tout naturel qu'il en soit le maître *comme si la femme n'était point*

(1) Cité notamment par Ferrière, III, p. 215, n° 2.

(2) Il résume ainsi sa doctrine dans ses *Notae solemnes*, sur l'art. 107 de l'A. C. de Paris (II, p. 694): *c'est-à-dire sans s'enrichir, lui ou ses hoirs, en diminution de la communauté*.

(3) Ferrière, III, p. 215 et s.

(4) *Droit commun*, I, p. 568, n° 11.

(5) Cet expédient suggéré par Lebrun est repoussé en termes très vifs par E. de Laurière, *Cout. de Paris*, II, p. 204; il constate ironiquement qu'il n'y a rien de plus gracieux pour les femmes que cet avis.

(6) La cout. d'Anjou de 1506, art. 289, déclarait plus sagement que le mari, tout en pouvant librement disposer des conquêts à titre onéreux, n'en pouvait donner que sa part.

(7) C'est le raisonnement que fait Bourjon, I, p. 513, n° 26, pour admettre l'exclusion de communauté *convention très licite et même très favorable pour le mari, puisqu'elle ne tend qu'à lui assurer le fruit de son travail*.

commune avec lui (1); en dissipant les effets de la communauté, il ne fait que disposer des acquisitions et des épargnes qu'il a faites; il use tout simplement du droit que la loi lui donne (2).

Et pourtant, malgré ces déclarations singulières, il semble bien que la pratique sut trouver le moyen de limiter la maîtrise du mari sur les conquêts en leur étendant l'hypothèque légale qui garantissait la restitution des créances de la femme et le paiement de son douaire (3). Sans doute, l'hypothèque légale ne pouvait grever définitivement les conquêts qu'en cas de renonciation de la femme à la communauté, car la femme acceptante était tenue à garantir, comme la communauté elle-même (4); mais il y avait là cependant une menace pour les tiers contractant avec le mari au sujet des conquêts, menace qu'écartait le concours de la femme à l'acte. On peut penser que la pratique exigea ce concours, au moins sous forme de renonciation à l'hypothèque légale, mais on est surpris du silence de la doctrine à cet égard (5).

Le mari, maître des meubles et des conquêts pendant sa vie, peut aussi indirectement les charger de dettes: tous les engagements qu'il contracte pendant la communauté sont exécutoires contre elle, sauf règlement définitif à la dissolution (6). Mais le mari criminel ne forfait par ses crimes que sa part dans la communauté, c'est-à-dire la moitié des meubles et des conquêts. La coutume de 1510 était muette à cet égard et Du Moulin admet encore que le mari forfait la totalité des conquêts, de même qu'il les perdrait définitivement en cas de commise survenue par sa faute (7); mais, au cours du XVI^e siècle, un mouvement de jurisprudence restreignit les droits du seigneur confisquant (8). Cette jurisprudence nouvelle fut enregistrée dans les articles relatifs

(1) Ferrière, III, p. 209, n° 1.

(2) Je cite presque textuellement E. de Laurière, II, pp. 204-205.

(3) V. ce qui est dit *infra* à propos de l'hypothèque légale.

(4) Le raisonnement est fait avec une clarté parfaite par Bourjon, I, p. 775, n°s 27 et s.

(5) Cependant, Pothier, *Communauté*, n°s 498-499, marque assez bien l'intérêt qu'il y a pour les tiers à ce que la femme contracte en son propre nom, au lieu d'être simplement engagée comme commune par l'engagement de son mari.

(6) A. C., 109; N. C., 221. V., sur ce sujet, les développements de Pothier, *Communauté*, n°s 248 et s.

(7) *In cons. Paris.*, sur l'art. 43, gl. 1, n° 88 (I, p. 517). Il constate, il est vrai, qu'elle est trop dure; et, dans ses *Notae solennes* (II p. 705), approuvant la solution plus indulgente de l'art. 12 de la cout. de Vermandois, il se flatte de combattre pour elle depuis quarante ans devant le Parlement, à l'encontre du vieux style rigide de la Cour.

(8) Comparez notamment Orléans, A. C., 176, et N. C., 209.

aux justices sur lesquels l'accord ne put se faire lors de la réformation de 1580 (1). Mais la doctrine se rallia à ces solutions non sanctionnées (2). Le mari condamné pour un crime capital confisque ses propres, sous réserve du douaire de sa femme, et sa part dans la communauté; Bourjon en donne une explication toute simple : *si le mari vit comme maître, il meurt comme associé* (3).

Les pouvoirs du mari sur les propres sont plus restreints. En ce qui concerne ses propres personnels, nous verrons qu'ils restent toujours grevés, en principe, du douaire de la femme et des enfants; en tout cas, depuis le xvii^e siècle, ils sont affectés à l'hypothèque légale de la femme, et le mari ne peut pratiquement les aliéner sans son concours. Le concours de la femme est aussi nécessaire pour permettre au mari de disposer de ses propres (4). Du Moulin a plus d'une fois essayé de caractériser les pouvoirs du mari sur les propres de sa femme (5). Il reconnaît qu'à la différence du mari romain, il n'est pas propriétaire de sa dot; mais il est plus qu'un simple usufruitier; c'est une sorte d'administrateur général. Du Moulin compare ses pouvoirs à ceux d'un père sur les biens adventices survenus à son fils; il peut porter foi et hommage pour un propre appartenant à sa femme, saisir féodalement ses vassaux ou leur donner l'investiture; en percevant le quint denier de l'acquéreur d'un fief mouvant de sa femme, il exclut pour cette dernière la possibilité de retraire féodalement. Il lui permet même d'exercer le retrait féodal au nom de sa femme (6). La plupart de ces solutions furent admises par la doctrine ultérieure, sauf hésitation en ce qui concerne le retrait (7). La coutume ne donnait, en effet, au mari, que l'exercice des actions mobilières et possessoires concernant les propres de sa femme (8); or, l'action en retrait n'est ni possessoire, ni mobi-

(1) *Mss. de Simon Marion*, p. 100, n° 6.

(2) Bacquet, *Droits de justice*, XV, n°s 84 et s.; Bacquet, n° 61, précise, d'autre part, d'après un arrêt solennel du Parlement du 14 août 1567, qu'après la mort civile de son mari, la femme peut tout de suite réclamer son douaire et ses propres; Ferrière, II, p. 1411, n° 15 et p. 1427, n° 6; Pothier, *Communauté*, n° 474. Loisel, *Inst. cout.*, VI, II, 26, attribue ce changement de jurisprudence à l'autorité de Du Moulin et y trouve un précédent dans une ordonnance de 1431, de Henri d'Angleterre, octroyant ce privilège aux Parisiens.

(3) *Droit commun*, I, p. 569, n° 22.

(4) A. C., 108 = N. C., 226.

(5) *In cons. Paris.*, sur l'art. 21, gl. 1, n°s 24, 26 et 27 (I, p. 360; cf. I, p. 40, n° 73).

(6) *Ibidem*, sur l'art. 20, gl. 1, n° 47 (I, p. 302).

(7) V. notamment Pothier, *Puissance du mari*, n°s 86 et s., qui appelle le droit du mari une espèce de droit de bail et de gouvernement, selon l'expression usitée au xiv^e siècle.

(8) A. C., 113 = N. C., 233,

lière (1). D'autre part, une disposition de droit nouveau précisa utilement que le mari, comme administrateur, ne pouvait passer, pour les propres de sa femme, des baux dépassant six ans à la ville et neuf ans *aux champs* (2).

La femme est frappée d'incapacité par l'effet même du mariage et non seulement comme conséquence du régime de communauté (3); un régime exclusif de communauté ne la soumettrait pas moins à la puissance maritale (4) et le mari lui-même ne pourrait l'affranchir que dans une faible mesure d'une dépendance d'ordre public; il pourrait tout au plus lui donner le pouvoir d'administrer ses biens (5).

La femme mariée est incapable de disposer de ses propres, de s'engager par ses contrats et d'ester en justice (6); elle peut cependant faire son testament sans autorisation *parce que, si elle vit comme esclave, elle meurt comme libre*, explique Bourjon en empruntant au droit romain une insultante comparaison (7). D'autre part, elle s'engage par ses délits, sans d'ailleurs que leurs conséquences pécuniaires puissent atteindre la communauté; elles ne portent que sur la nu-propriété de ses biens propres (8). De même, elle ne confisque que ses biens propres, le mari étant, sa vie durant, seigneur et maître des conquêts (9).

L'incapacité de la femme mariée existe même si son mari est absent ou incapable (10); si le mari est mineur, on admet cette conséquence singulière qu'il peut autoriser sa femme majeure,

(1) Ferrière, III, p. 348, n° 17; Bourjon, I, p. 576, nos 30-31, précise qu'au Châtelet le nom de la femme figure toujours dans la demande de retrait, mais admet que le mari intente l'action sans son assentiment.

(2) N. C., 227.

(3) Bourjon, I, p. 578, n° 1; Pothier, *Puissance du mari*, n° 15.

(4) Bourjon, I, p. 588, nos 27 et s.; Pothier, *ibidem*, n° 19.

(5) Bourjon, I, p. 588, nos 30 et s., admet, avec d'ailleurs bien des restrictions, que le mari peut donner à sa femme séparée contractuellement une autorisation générale s'étendant aux actes d'aliénation; mais Pothier, *Puissance du mari*, nos 15 et s., ne parle plus que d'un pouvoir d'administration. C'était déjà la doctrine de Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 21, gl. 1, n° 27 (I, p. 360).

(6) A. C., 105-106, 114; N. C., 223-224, 234; Simon Marion, *Observations*, n° 26, remarque exactement que l'art. 106 de l'A. C. n'existait pas dans le texte antérieur; cf. *Trav. préparatoires de l'A. C.*, p. 215, n. 1.

(7) *Droit commun*, I, p. 590, n° 40; Pothier, *ibidem*, n° 43. — V. déjà Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 114, n° 1 (I, p. 872).

(8) Bourjon, I, p. 590, nos 41-43; p. 570, nos 29-30.

(9) Telle était la décision expresse d'un des articles rejetés en 1580, *Mss. de Simon Marion*, p. 100, n° 6. — Bourjon, I, p. 570, nos 26-28, admet aussi qu'elle confisque sa part des conquêts de communauté mais seulement lors de la mort naturelle; telle n'était pas l'opinion de Bacquet, *Droits de justice*, XV, n° 90.

(10) Du Moulin, *In cons. Paris.*, art. 25, n° 12 (I, p. 478), qui déclare, contre l'avis de Jean Faure, que la femme n'est pas *persona legitima*; Pothier, *Puissance du mari*, nos 25-27.

l'acte ainsi contracté étant d'ailleurs exposé à la restitution en entier, selon le droit commun (1). Si le mari est absent ou fou, la femme devra recourir à l'autorisation supplétive de justice (2). Cependant, on lui permet de s'engager seule pour sortir son mari de prison et, en cas d'absence du mari, elle peut s'engager pour établir, dans des conditions raisonnables, les enfants du mariage (3).

La femme est relevée de son incapacité par l'autorisation donnée par son mari (4); et la femme autorisée devient pleinement capable même d'aliéner ses propres, même de s'engager dans l'intérêt exclusif de son mari. Le texte de la coutume parlait d'un consentement exprès; la doctrine exigea une autorisation du mari formellement exprimée dans l'acte et non pas son simple concours (5). La femme doit être habilitée par une autorisation formelle à passer un acte qu'elle n'aurait pas autrement la capacité de passer; c'est en somme une formalité analogue à l'*auctoritas* du tuteur romain. Un acte de notoriété du Châtelet, du 13 juin 1682, exigea le mot même *autoriser* (6); Pothier admet comme expression équivalente le terme *habiliter* (7). La simple ratification postérieure à l'acte n'avait aucune valeur (8). Cependant, quand il s'agissait d'ester en justice, on considérait comme suffisante la simple assistance du mari, sans formule expresse d'autorisation, car tout se déroulait sous le contrôle du tribunal (9).

La femme peut toujours recourir à la justice si son mari ne peut l'autoriser ou refuse de le faire. La justice autorise sans examen la femme à plaider, mais, s'il s'agit d'un engagement, elle ne l'autorise qu'en connaissance de cause (10); l'engagement passé par la femme avec autorisation de justice ne peut d'ailleurs

(1) Bourjon, I, p. 580, nos 16-18.

(2) Pothier, *loc. cit.*, nos 25-27.

(3) Bourjon, I, pp. 585-586, nos 10-14.

(4) Bourjon, I, p. 578, n° 2; cette incapacité ayant pour motif principal l'intérêt du mari, il la fait cesser en autorisant sa femme.

(5) A. C., 105; N. C., 223; Ferrière, III, p. 147, nos 23 et s., qui cite nombre d'auteurs romanisants; Bourjon, I, p. 578, n° 3; p. 582, nos 28-30; ce dernier auteur, p. 583, nos 39-40, précise que si la femme agit en vertu d'une procuration du mari, la procuration doit autoriser expressément la femme.

(6) Ferrière, III, p. 197; la simple assistance du mari à l'acte ne suffirait pas.

(7) *Puissance du mari*, n° 68.

(8) E. de Laurière, II, pp. 194-195; Bourjon, I, p. 583, nos 34-35.

(9) D'après l'acte de notoriété cité *suprà*; Bourjon, I, p. 582, n° 32.

(10) Bourjon, I, p. 581, nos 20-21; Pothier, *Puissance du mari*, n° 12.

être opposé à la communauté dont le mari est le chef ; il ne peut être poursuivi que sur les biens propres de la femme (1).

L'incapacité, aux termes de la coutume, comportait exception en faveur de la femme marchande commune (2). La femme qui assiste son mari dans l'exercice de son commerce est dans la situation d'un préposé ordinaire (3). Mais, si elle exerce un commerce séparé, avec l'assentiment de son mari, elle est apte à accomplir tous les actes juridiques nécessaires à son commerce, et ces actes engagent la communauté, de même qu'ils lui profitent la cas échéant (4). La coutume exceptait aussi la femme séparée, selon la tradition, et Du Moulin estimait encore que la femme séparée recouvrait par là même sa pleine capacité (5). Mais il se produisit dans la suite un singulier revirement dans la doctrine et la jurisprudence. On considéra que la séparation était temporaire dans son principe, pouvant toujours prendre fin par une réconciliation ; le mari, dans ce cas, devait reprendre la direction du patrimoine de la femme ; il y avait donc des inconvénients à laisser à la femme séparée une complète liberté. On ne toucha pas à ses pouvoirs d'administration, mais on ne lui accorda rien de plus. E. de Laurière approuve les jurisconsultes espagnols qui refusent à la femme séparée le droit de disposer de ses immeubles sans l'autorisation expresse de son mari (6). Un acte de notoriété du Châtelet, en 1702, posa à cet égard les règles les plus fermes (7) ; la femme séparée reste capable, même d'ester en justice, pour tout ce qui concerne l'administration de ses biens et la disposition de ses meubles ; mais elle ne peut, sans autorisation du mari ou de justice, aliéner ses immeubles, les hypothéquer ou les compromettre par ses engagements, ni les déduire en justice.

(1) Bourjon, I, p. 581, n° 22 ; Pothier, n° 13.

(2) A. C., 114 ; N. C., 234-236 ; l'art. 235 de la N. C. définit la femme marchande ; cf. *Mss. de Simon Marion*, p. 83.

(3) Bourjon, I, p. 579, n° 7.

(4) Bourjon, I, p. 585, n° 7, qui admet même, n° 8, que le mari serait contraignable par corps, le cas échéant, comme la femme ; c'était l'opinion dominante, après d'assez longues discussions ; v. Ferrière, III, p. 360, n° 6 et s. — Ferrière, III, p. 359, n° 3, permettait à la femme mariée d'ester librement en justice pour les besoins de son commerce ; mais Pothier, *Puissance du mari*, n° 62, malgré les dispositions expresses des coutumes de Dourdan et de Mantes, n'admettait plus cette solution en droit commun coutumier.

(5) A. C., 114 ; N. C., 234 ; *Notae solemnes*, sur Bourbonnais, art. 232 (II, p. 743). Ailleurs, cependant, Du Moulin déclare que la femme est seulement émancipée par la séparation de biens et qu'il lui faut un affranchissement spécial de la part de son mari pour qu'elle puisse disposer de ses propres : *In cons. Paris.*, art. 37, gl. 1, n° 13 (I, pp. 481-482).

(6) *Cout. de Paris*, II, p. 222.

(7) Cité par Ferrière, III, pp. 366-367 (26 août 1702) ; cf. Bourjon, I, p. 580, n° 14-15 ; pp. 586-587, n° 15 et s. ; p. 588, n° 29.

Les auteurs expliquent ces solutions en disant que la femme séparée est dans la situation d'un mineur émancipé (1). Cette assimilation était fâcheuse à tous égards; en soumettant la femme séparée à l'autorité maritale, on aggravait singulièrement sa dépendance, qui n'était plus corrigée par la collaboration s'établissant normalement entre époux vivant ensemble. Sous prétexte de sauvegarder les prérogatives du mari dans le cas d'une réconciliation, on risquait de la rendre impossible en entretenant les dissentiments des époux sur ces questions si délicates d'autorisation.

L'A. C. ne précisait pas les conséquences du défaut d'autorisation. Elle s'en remettait sans doute à la jurisprudence qui, dans la première moitié du xvi^e siècle, restait encore fidèle, semble-t-il, à la solution traditionnelle. Un arrêt de 1535 admet que la femme soit poursuivie, à la dissolution de la communauté, pour une dette contractée pendant le mariage sans autorisation (2). Et Du Moulin rapporte un arrêt validant une vente de propre faite par la femme seule, sans d'ailleurs que cette vente puisse être opposée à la communauté usufruitière des propres (3). A la fin du xvi^e siècle, Guy Coquille soutient encore ces doctrines (4); les actes de la femme non autorisée ne sont pas nuls, mais seulement inefficaces à l'égard du mari et de la communauté; ils peuvent donc être opposés à la femme redevenue maîtresse de ses biens par la dissolution du mariage; ces actes ne sont pas nuls, en effet, en raison d'une incapacité personnelle analogue à celle du pupille ou du fou; mais ils ne sont pas valables à l'encontre de la puissance maritale.

Mais Du Moulin, suivant en cela les doctrines de son contemporain et ami Tiraqueau (5), combattit nettement cette doctrine raisonnable (6). Le contrat passé par la femme, sans autorisation, est nul *ab initio* et ne peut produire aucun effet juridique: *quod nullum est, nullum parit effectum*. La femme tombe sous la puissance du mari par le mariage et elle est frappée d'une véritable *capitis deminutio* qui supprime son ancienne capacité; tous ses

(1) E. de Laurière, II, p. 222; Bourjon, I, p. 586, n° 18. Toutefois, Pothier, *Puissance du mari*, nos 15-16, se garde bien de cette comparaison.

(2) Ms. Dupuy 247, f° 367 v° (5 avril 1535).

(3) *In cons. Paris.*, art. 114, n° 2 (I, p. 872).

(4) *Comm. sur la cout. de Nivernais*, 23, 1, v° faire contrats, édit. de 1703, II, p. 212; cf. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 63, qui cite d'autres textes de Coquille et, dans le même sens, un texte de P. Pithou.

(5) V. les textes de Tiraqueau et de Chasseneuz cités par Lefebvre, *op. laud.*, pp. 63-64; la raison essentielle, c'est l'*imbecillitas sexus* du Velléen.

(6) *Notae solemnes* sur Paris, art. 114; Sens, art. 110; Poitou, art. 225 (II, pp. 694, 698, 752); *In cons. Paris.*, art. 25, n° 3 (I, p. 478).

actes sont donc radicalement nuls ; c'est à tort que certains avocats ont soutenu une opinion différente ; c'est abusivement que certains arrêts ont jugé le contraire. La doctrine de Du Moulin triompha, après quelques hésitations, lors de la réformation de 1580 (1). Le premier projet, complétant l'art. 105 de l'A. C., déclarait que la femme pourrait être contrainte, à la dissolution de la communauté, pour un acte passé sans autorisation, *a tout le moins rendant ce dont elle est enrichie par le moyen dudit contract*. La solution n'était pas très nette, car exécuter le contrat ou restituer l'*in rem versum* sont deux solutions bien différentes. Le second projet abandonna cette solution singulière pour proposer un texte bien plus formel, qui devint l'art. 223 de la N. C. : le contrat passé par la femme sans autorisation était absolument nul et ne pouvait être exécuté ni contre le mari, ni contre la femme ou ses héritiers, à la dissolution de la communauté.

Le système de la coutume était ainsi très clair (2). Mais il n'était pas facile de l'expliquer en théorie. Certains auteurs, constatant que la fille majeure et la veuve étaient capables, faisaient reposer l'incapacité de la femme mariée seulement sur la nécessité de sauvegarder la puissance maritale établie par le mariage (3) ; mais cette notion était insuffisante pour expliquer la nullité absolue des actes de la femme. La plupart des auteurs, et notamment E. de Laurière (4), estimaient que la femme était sous la tutelle de son mari et qu'elle était incapable comme un mineur. C'était en somme la théorie de Du Moulin et elle avait sa racine profonde dans les idées des romanistes sur l'incurable légèreté de la femme et son inaptitude aux affaires (5). Toutes les explications des auteurs sont pénétrées d'une sorte de mépris descendant à l'égard de la femme (6). Aucun ne songe à la traiter

(1) *Mss. de Simon Marion*, p. 82, art. 223.

(2) Bourjon, I, p. 579, n° 4 ; cet auteur, I, p. 549, n° 8, prévoit le cas d'un engagement de la femme dont la date apparente est antérieure au mariage ; il ne sera opposable au mari que si la date est bien constante ; mais il sera valable à l'encontre de la femme, à moins qu'il n'y ait violent soupçon d'antidate, auquel cas il serait nul, même à l'égard de la femme, *et cette nullité résulte de son inhabilité à contracter sans autorisation*.

(3) Ferrière, III, p. 141, n° 2 ; Pothier, *Puissance du mari*, nos 3-5.

(4) *Cout. de Paris*, II, p. 192 ; de même Ferrière, III, p. 153, nos 12-13, compare la nullité des actes de la femme à celle des actes des mineurs. — Cependant, Pothier, nos 4-5, proteste énergiquement contre cette assimilation ; il fonde la nullité absolue, qu'il affirme de nouveau très énergiquement, n° 78, sur les termes des coutumes : la femme ne peut *aucunement* contracter.

(5) V. sur tout ce mouvement doctrinal, qui n'est pas particulier aux auteurs parisiens, Lefebvre, *loc. cit.*, p. 64 et s.

(6) Cela est particulièrement net dans Bourjon. Il justifie ainsi, I, p. 578, n° 1, ce qu'il appelle *l'incapacité salulaire* de la femme : *c'est une disposition*

en associée. On admet seulement que sa situation subalterne pendant le mariage soit compensée par de très sérieux privilèges à sa dissolution (1).

§ 3. — LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ

La communauté conjugale prend fin normalement par la mort naturelle de l'un des époux (2) ; mais elle se termine aussi par la séparation de corps, que les auteurs appellent la séparation d'habitation, et par la séparation de biens au principal. La séparation d'habitation, qui est à la fin de l'ancien régime de la compétence des juridictions laïques, n'est accordée à la femme que pour des motifs graves, lorsque le maintien de la communauté risque de compromettre sa vie ou sa santé (3).

La séparation de biens est obtenue plus aisément par la femme lorsque l'incapacité ou la prodigalité du mari font courir un danger à l'apport de la femme (4). En principe, la séparation de biens doit être prononcée par le tribunal et c'est déjà l'opinion de Du Moulin (5) ; il admet cependant qu'une longue et publique séparation de fait entraîne une véritable séparation de biens (6). L'art 224 de la N. C. exigea formellement une séparation en justice, en marquant même qu'elle devait être exécutée (7). La doctrine maintenait ces exigences, avec une vive méfiance à l'égard des séparations de biens, trop souvent machinées entre les époux pour frauder les créanciers (8). Cependant, les arrêts admettaient la séparation de biens sans jugement en cas de séparation effective des époux pendant plusieurs années (9).

prudente qui, maintenant la paix, conserve encore les biens dans la communauté en la mettant à couvert de l'inexpérience, de la légèreté et des caprices de la femme. Pothier est beaucoup plus réservé.

(1) Bourjon, I, p. 571, n° 32 ; p. 591, n° 1.

(2) Bourjon, I, p. 602, n° 1, qui développe longuement, dans les paragraphes suivants, les effets de la mort civile.

(3) Bourjon, I, p. 608, nos 23 et s. ; Pothier, *Communauté*, n° 506 ; Lefebvre, *Lien de mariage*, p. 259. L'adultère de la femme n'est plus une cause de séparation d'habitation ; mais un jugement de condamnation pour adultère, si le mari ne pardonne pas à la femme, dissout la communauté : Pothier, *ibidem*, n° 507.

(4) Viltard, *Séparation de biens*, p. 109 et s. ; Bourjon, I, pp. 604-605 ; Pothier, *Communauté*, nos 510 et s.

(5) *Notae solennes*, sur Bourbonnais, art. 232 (II, p. 743).

(6) *In cons. Paris.*, art. 104 (I, p. 867) : *diuturnitas idem operatur quod sententia vel expressa divisio*.

(7) Dans le même sens : Lorrain-Montargis, N. C., 9, 6 ; Orléans, N. C., 198-199 ; Bourjon, I, p. 605, n° 4.

(8) Bourjon, I, p. 605, n° 8.

(9) Viltard, *loc. cit.*, pp. 128-129 ; Bourjon, I, p. 604, n° 1.

Pothier, se fondant sur un acte de notoriété du Châtelet, du 8 mai 1703, et sur un article très formel de la coutume d'Orléans, qu'il considérait comme exprimant le droit commun coutumier, exigeait une sentence de justice dûment publiée dans l'intérêt des créanciers (1); il n'existait pas d'autre moyen, selon lui, de sauvegarder le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, principe qui imposait aussi des précautions en cas de réconciliation des époux et de reprise de la vie commune (2).

A la dissolution de la communauté, les deux époux ne se présentent nullement comme deux associés ayant des droits égaux dans l'actif et le passif. La femme, en compensation de sa dépendance pendant le mariage, a de très précieux privilèges coutumiers, sans compter ceux qu'elle a pu stipuler dans les conventions matrimoniales; en sorte que la communauté apparaît à certains auteurs comme une société léonine où la femme garderait toutes les chances de gain sans toujours courir les risques de perte (3).

Et c'est bien ainsi, en effet, qu'apparaît, au XVIII^e siècle, le bénéfice de renonciation; mais il a eu, auparavant, toute une histoire. J'ai montré, au cours du XV^e siècle, le droit de renonciation déviant en privilège reconnu aux femmes nobles, sous des conditions assez strictes. L'évolution est achevée dans la pratique parisienne au début du XVI^e siècle (4); le projet de 1507 l'enregistre sans difficulté; on se demande seulement s'il ne faut pas exiger la noblesse aussi bien chez le mari que chez la femme (5); l'A. C., art. 115, adopte la rédaction du projet, et les mêmes principes sont admis par quelques coutumes voisines rédigées à la même époque (6).

Mais cette déformation du régime traditionnel ne dura pas.

(1) *Puissance du mari*, n° 61; *Communauté*, n° 514. — L'Ordonnance sur le commerce, de 1673, prescrivait entre commerçants des mesures spéciales de publicité: Ferrière, III, p. 184, n° 17.

(2) V. dans Coyecque, *Recueil d'actes notariés*, n° 2715, un acte de 1543 par lequel deux époux séparés de biens à la suscitation des beaux frères et sœurs se sont réconciliés et déclarent, par devant notaires, qu'ils vivent de nouveau en commun. Bourjon, I, p. 606, n° 12.

(3) Bourjon, I, p. 591, n° 2: *la loi rend pour la femme la communauté qu'elle établit entre conjoints une espèce de société léonine dans laquelle la femme ayant l'espérance du gain ne court aucun risque de perte, si ce n'est sa mise, encore lui est-il permis de stipuler la faculté de la reprendre; telle est, vu sa dépendance, la base du droit qu'elle a de renoncer à la société, droit qui est justement dénié à tout autre associé, mais justement accordé à la femme par sa qualité de simple spectatrice de la régie des biens de la communauté.*

(4) *Sent. du Châtelet*, n° 169 (30 août 1504); Y 5233, f° 195 (11 février 1505): la femme renonce comme noble et usant du privilège de noblesse.

(5) *Trav. préparatoires de l'A. C. de Paris*, art. 114, et la note.

(6) Clermont en B., A. C., 130; Senlis, 147.

Déjà, au début du ^{xv}^e siècle, un certain nombre de coutumes toutes proches de Paris conservent dans leur lettre ce régime (1), et la jurisprudence ne tarda pas à y revenir. Nous ne savons pas au juste dans quelles circonstances cela se fit ; Loisel (2), sans citer sa source, attribue ce revirement à l'autorité de Me Jean-Jacques de Mesmes qui, maître des requêtes en 1544, fut lieutenant civil du Châtelet depuis 1539 (3). Cependant, dès 1539, la coutume d'Etampes permet la renonciation aux roturières comme aux nobles (4) ; et, en 1556, le procès-verbal de la coutume de Dourdan atteste que la faculté de renoncer est de droit nouveau pour les roturières (5).

Du Moulin, dans ses *Notae solemnes*, qui sont de 1566, connaît et approuve cette nouvelle jurisprudence, qu'il juge compatible avec le texte de la coutume de Paris (6). Lors de la réformation, l'art. 237 consacra définitivement le retour au droit général de renonciation, mais pour l'avenir seulement, après deux siècles, presque, d'incertitude et d'incohérence (7). Le droit de renonciation ainsi accordé à la femme fut étendu, après discussion, à ses héritiers, lorsque la dissolution de la communauté résultait de son prédécès (8). L'ancien symbolisme de la renonciation était tombé en désuétude (9) et l'on n'exigeait même plus, dans le dernier état du droit, la renonciation en justice qui était d'usage au ^{xv}^e siècle et que stipulait encore la coutume de Dourdan ; on se contentait d'une déclaration au greffe ou par devant notaire (10). La formalité vraiment substantielle était la rédaction d'un bon et loyal

(1) Mantes et Meulan, A. C., 11, 6 : la veuve roturière est astreinte à la renonciation sur la fosse. — Cf. Meaux, 52-53. A Sens, la renonciation était permise aux roturières par quelques coutumes locales, avant de l'être sans restriction par la coutume réformée en 1555 : A. C. de 1506, art. 210, qui vient d'ailleurs du *Gr. Cout.* ; N. C., 214 et 276 et *Procès-verbal* (B. de R., III, p. 557).

(2) *Inst. Cout.*, I, II, 11.

(3) V. Moreri, t. VII, p. 494, et Desmazes, *Châtelet de Paris*, p. 102. Ce Jean-Jacques de Mesmes, premier représentant notoire de cette famille illustre, naquit en 1490, fut Premier Président du Parlement de Normandie et mourut en 1569.

(4) Art. 96.

(5) Art. 84 et *Procès-verbal* (B. de R., III, p. 138) ; cf. Montfort l'A., 132.

(6) Sur Paris, 115 (II, p. 694).

(7) Le premier projet n'avait proposé que des retouches insignifiantes : *Mss. de Simon Marion*, p. 83. C'est seulement au moment de la publication de la coutume que la généralisation fut effectuée. V. le *Procès-verbal* sur l'art. 237.

(8) Arrêt de 1567, à propos de la coutume de Meaux, cité par Ferrière, III, p. 383, n° 12.

(9) Comparez Melun, N. C., 217, et A. C., 54.

(10) Ferrière, III, p. 392, n° 44.

inventaire, aux termes de la coutume (1) ; il devait être fait les choses étant encore entières (2), et la femme convaincue de recel perdait son droit de renoncer (3). Mais la coutume de Paris, moins prévoyante que celle de Dourdan (4), par exemple, n'avait pas imparti de délai pour la rédaction de l'inventaire ni pour l'acte de renonciation. On fit ce que l'on put pour étendre le délai de trois mois et de quarante jours ; mais un acte de notoriété, du 23 juillet 1708 (5), dut reconnaître que ce délai, pendant lequel les poursuites des créanciers étaient nécessairement suspendues (6), n'était pas un délai fatal ; la femme pouvait renoncer tant que les choses étaient entières, ce qui pouvait être une source d'abus (7).

Sans aller jusqu'à la renonciation à la communauté, qui l'affranchissait radicalement des dettes communes, mais en la privant de toute part dans les meubles et conquêts, la femme pouvait sauvegarder son patrimoine propre d'une manière tout aussi efficace grâce au bénéfice d'émolument. Ce bénéfice avait été ingénieusement déduit par Du Moulin de la nature des droits appartenant au mari pendant la communauté (8) ; le mari peut, par ses engagements, grever les biens communs, mais il ne peut, ni directement ni indirectement, compromettre les propres de la femme ; par conséquent les dettes de la communauté, à sa dissolution, ne peuvent pas être exécutées sur les propres de la femme. En acceptant la communauté, elle n'assume pas la charge de toutes les dettes contractées par son mari, mais seulement de celles qu'il a faites dans la limite de ses pouvoirs de chef. La doctrine de Du Moulin fut accueillie par un arrêt du 14 août 1567 (9) et

(1) Bourjon, I, p. 591, nos 5 et s. ; les frais de cet inventaire sont d'ailleurs à la charge de la communauté.

(2) Bourjon, I, p. 593, n° 16 ; c'est-à-dire, tant que la femme n'a pas fait acte de femme commune, mais Bourjon, n° 19, lui permet de rester à la maison conjugale et de vivre sur les provisions qui s'y trouvent jusqu'à la clôture de l'inventaire ; en ce sens, acte de notoriété du 21 juillet 1688, dans Ferrière, III, p. 459, n° 6.

(3) Ferrière, III, p. 441 et s. ; Bourjon, I, p. 599, nos 1 et s.

(4) Art. 84, qui donne trois mois à la veuve noble et quarante jours à la roturière ; cf. Senlis, 147.

(5) Cité par Ferrière, III, pp. 457-460 ; cf. Bourjon, I, p. 600, nos 1 et s.

(6) Bourjon, I, p. 600, n° 3.

(7) Ferrière, III, p. 454, n° 21 ; Bourjon, I, p. 601, n° 4, cite un arrêt de 1679 permettant à une veuve de faire inventaire et de renoncer vingt-quatre ans après la mort de son mari.

(8) *Notae solemnes*, Poitou, art. 252 ; Paris, art. 115 (II, p. 752 et p. 694).

(9) Au témoignage de Guy Coquille, qui était présent, cité par Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 342, n. 2. — Du Moulin, sur Lorris-Montargis, 8, 8 (II, p. 720), cite dans le même sens un arrêt du 1^{er} mars 1559, rendu selon son opinion et qui, d'après Bourdot de Richebourg, III, p. 843, n. c, est rapporté tout au long par Ayrault dans son quatrième plaidoyer.

passa dans l'art. 228 de la N. C. (1). La femme, ou ses héritiers, pouvaient donc à leur gré renoncer à une communauté sûrement mauvaise, en s'affranchissant des ennuis d'une liquidation longue et onéreuse, ou bien l'accepter en quelque sorte sous bénéfice d'inventaire, s'il subsistait l'espoir de recueillir quelque chose de la liquidation une fois les dettes payées. Le bénéfice d'émolument supposait lui aussi la rédaction d'un inventaire qui servait de base à la liquidation (2).

Le préciput légal du conjoint noble, comme le droit de renonciation et le bénéfice d'émolument, modifiait les règles normales de partage de la communauté. Nous connaissons les rapports étroits qui unissaient ce préciput aux prérogatives de la garde noble. Or, au ^{xvi}^e siècle, le gardien noble ne fait plus siens les meubles du mineur (3) et le préciput du conjoint noble, ainsi isolé, apparaît comme une survivance qui n'est plus bien comprise et qu'on s'efforce de restreindre (4). L'A. C., art. 116, par une décision de droit nouveau, n'admit le préciput que s'il n'y avait pas d'enfants du mariage (5); et, dans l'ancien ressort des coutumes de France, cette restriction fut propagée par l'intervention officielle des commissaires royaux à la rédaction (6); le préciput impliquait un disparate que l'on s'efforçait d'atténuer.

L'art. 116 contenait une autre restriction non moins significative: le préciput ne devait porter que sur les meubles situés hors de la ville et des faubourgs de Paris. Au témoignage de Simon Marion, on l'entendait en ce sens que seuls les nobles demeurant hors Paris pouvaient se prévaloir du préciput (7). C'était le restreindre abusivement; lors de la réformation, il fut expressément décidé que le conjoint noble survivant, qu'il demeurât ou non à Paris, pouvait prendre les meubles se trouvant hors de la ville et des faubourgs (8); il devait d'ailleurs supporter la totalité des dettes mobilières de la communauté et payer les funérailles du défunt selon sa qualité, malgré le droit

(1) Il figurait déjà dans le premier projet: *Mss. de Simon Marion*, p. 82.

(2) Bourjon, I, p. 594, n° 27.

(3) V. t. I, p. 179.

(4) Bourjon, qui s'occupe du préciput légal, après avoir étudié le douaire, I, pp. 788-791, déclare, n° 1, que *dans la pratique il est devenu presque à rien*.

(5) Cette restriction ne figurait pas dans le projet de 1507, art. 115: *Trav. préparatoires de l'A. C. V.* le *Procès-verbal* de l'A. C. (B. de R., III, p. 23), qui allègue la fréquence des remariages.

(6) Comparez Mantes et Meulan, A. C., 11, 8, et N. C., 131; Melun, A. C., 52, et N. C., 218, et voyez Etampes, art. 133, et le *Procès-verbal* sur cet article (B. de R., III, p. 168).

(7) *Observations*, n° 27.

(8) Art. 238; *Mss. de Simon Marion*, p. 83.

commun qui mettait les frais funéraires à la charge des héritiers (1).

On peut aussi considérer comme un préciput coutumier le deuil de la veuve, c'est-à-dire la somme qui lui était allouée pour porter son deuil et comme compensation de l'obligation qui lui est imposée de pleurer son mari (*tempus lugendi*) (2). Ce deuil était fixé par la justice selon la situation du ménage à la dissolution de la communauté ; il appartenait à la veuve comme telle, commune ou non, acceptante ou renonçante, et il était une charge de la succession du mari.

Les conventions de mariage pouvaient enfin stipuler des procédés particuliers de liquidation de la communauté. Voici, rapidement, les plus habituelles de ces clauses. La femme pouvait stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté elle reprendrait son apport franc et quitte (3) ; une telle clause permettait à la femme de participer aux gains d'une communauté prospère et de s'exonérer de toute perte en reprenant son apport quand la communauté se soldait par un déficit. C'était violemment contraire au droit commun des sociétés ; la validité de la clause était cependant reconnue, mais elle était considérée comme de droit étroit (4) ; il fallait une stipulation formelle pour que les héritiers de la femme pussent s'en prévaloir.

Le forfait de communauté supprimait toutes difficultés de liquidation : la femme survivante pouvait prendre sa part dans l'actif commun, mais, si elle précédait, les héritiers devaient se contenter d'une certaine somme, versée par le mari à titre de forfait ; le mari est donc, sous cette réserve, propriétaire de toute la communauté (5). La clause de partage inégal de la communauté était admise aussi bien au profit du mari qu'au profit de la femme (6) ; elle pouvait d'ailleurs n'être stipulée qu'au détriment des héritiers de l'époux prédécédé. Ses effets, dans ce cas, se rapprochaient beaucoup de ceux d'une donation mutuelle qui pouvait porter sur une partie ou sur la totalité des meubles et con-

(1) Bourjon, I, p. 565, n^o 9 ; p. 790, n^{os} 1 et s. Certaines coutumes mettaient même les legs pieux à la charge du conjoint noble survivant, mais on n'étendait pas cette disposition aux coutumes muettes ; Pothier, *Communauté*, n^o 438.

(2) V. notamment Bourjon, I, p. 633, n^{os} 14 et s.

(3) Ferrière, III, p. 395 et s. ; Pothier, *Communauté*, n^{os} 380 et s.

(4) V., outre les autorités citées à la note précédente, Bourjon, I, p. 650, n^{os} 11 et s.

(5) Pothier, *ibidem*, n^{os} 450 et s.

(6) Bourjon, I, pp. 512-513, n^{os} 17 et s. ; Bourjon, n^o 26, trouve très favorable toute convention restrictive du droit de la femme, *puisque elle ne tend qu'à assurer au mari le fruit de son travail*.

quêts. Mais Pothier exigeait une répartition des dettes calquée exactement sur la répartition de l'actif, pour éviter tout avantage indirect contraire à l'esprit de la coutume (1). Enfin, le préciput conventionnel permettait aux époux de prélever, hors part, une somme d'argent ou certains meubles expressément désignés, pour le mari, par exemple, ses armes et ses chevaux, pour la femme, ses bijoux et ses robes (2). Mais il n'avait lieu qu'au profit de l'époux survivant et, prélevé sur la communauté, n'appartenait à la femme renonçante qu'en vertu d'une stipulation expresse.

En dehors des cas particuliers qui viennent d'être énumérés, il est de principe que l'actif et le passif de la communauté se partagent également entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé (3). Mais la détermination de ce qui doit être partagé est devenue singulièrement complexe après la rédaction des coutumes (4). Pendant tout le mariage, en effet, la communauté, administrée en toute indépendance par le mari, a fonctionné comme une masse intermédiaire pour une série d'opérations intervenues dans l'intérêt de chacun des époux autant que dans l'intérêt commun du ménage. Or, la doctrine et la jurisprudence, à partir du xvi^e siècle, tendent à discriminer soigneusement toutes ces opérations pour éviter les manœuvres frauduleuses aussi bien que les avantages indirects entre les époux. C'est ce que l'on appelle aujourd'hui la théorie des récompenses (5).

La théorie des récompenses. — Elle a son point de départ historique dans l'aliénation pendant le mariage d'un propre de la femme. Nous savons qu'au xiv^e siècle cette aliénation n'était pas possible sans le consentement formel de la femme qui pouvait être subordonné à une promesse de remploi (6). Mais si le consentement était donné sans conditions, et si le mari n'effectuait pas le remploi dans un bref délai, en le déclarant expressément,

(1) *Communauté*, n° 449 ; cf. déjà Bourjon I, p 513, n° 20.

(2) Bourjon, I, pp. 631-633 ; Pothier, *ibidem*, n°s 440 et s.

(3) A. C., 104 ; N. C., 229 ; Bourjon, I, p. 611, n°s 1 et s.

(4) Bourjon, I, p. 612, n° 9.

(5) Nos anciens auteurs n'emploient pas ce mot dans le sens général que nous lui donnons ; ainsi, Bourjon appelle *reprise* la récupération par chacun des époux des deniers stipulés propres ; *action de remploi*, la reprise en cas d'aliénation d'un propre ; *indemnités* ou *récompenses*, les sommes dues à la communauté par chacun des époux : I, p. 612 et s. — Sur le développement historique de la théorie des récompenses, v. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 363-405.

(6) V. *suprà*, p. 195.

les deniers provenant de la vente du propre tombaient en communauté. Le régime traditionnel, maintenu dans les coutumes de Sens (1), subsistait, à Paris, dans le silence de l'A. C. ; et Loisel recueillait encore, en la condamnant, la maxime narquoise qui l'exprimait : *le mari se devoit relever trois fois la nuit pour vendre le propre de sa femme* (2).

Sans doute, la femme pouvait toujours sauvegarder son propre en refusant obstinément son consentement à l'opération. Mais, au XVI^e siècle, en partant plus ou moins explicitement de l'idée que la femme est faible et frivole, en raison de son sexe, on redoute pour elle les abus d'influence du mari. Du Moulin permet aux héritiers présomptifs de la femme d'agir contre le mari pour obtenir le remploi du propre de la femme dont il a extorqué le consentement (3). D'autre part, la coutume de Blois, rédigée en 1523, admettait qu'en cas de vente d'un propre, le mari pouvait reconnaître que les deniers en provenant seraient propres à la femme (4) ; Du Moulin, en commentant ce texte, admettait la validité d'une telle déclaration, même faite après la vente, même faite dans le testament du mari, car c'était une preuve de bonne foi ; des arrêts avaient jugé en ce sens dans le ressort de la coutume de Paris (5). La coutume d'Anjou de 1508 décidait enfin que le prix d'un propre aliéné, non encore payé à la dissolution de la communauté, serait propre au conjoint propriétaire ou à ses héritiers (6). Et Du Moulin proposait d'étendre cette solution au cas où le prix avait été payé pendant la communauté ; mais la communauté n'en devait être tenue que dans la mesure de son enrichissement ; elle ne devait rien si le prix avait été dilapidé par le mari (7).

Toutes ces solutions n'étaient que des expédients et c'est dans une autre direction que la jurisprudence, finalement, s'engagea. La pratique avait généralisé, dans les contrats de mariage, l'usage des clauses de remploi qui obligeaient le mari à des dommages-intérêts lorsque le remploi n'avait pas été réellement effectué. Mais, en l'absence de ces clauses, la femme devait user de vigi-

(1) A. C., 274 ; N. C., 277.

(2) *Inst. cout.*, I, II, 14.

(3) *In cons.-Paris.*, art. 105, n° 4 (I, p. 867).

(4) Art. 164.

(5) *Notae solemnes*, II, p. 736. La coutume de Sens, A. C., 283 ; N. C., 286, n'admettait pas la promesse de récompense faite postérieurement à l'aliénation.

(6) Art. 296. — La coutume de Chateaufort en Thimerais, art. 88, allait bien au delà de tous ces expédients en déclarant que le bien acquis avec l'argent provenant de la vente d'un propre était subrogé à ce propre.

(7) *Notae solemnes*, II, p. 726.

lance au moment de l'aliénation. Dans une hypothèse, pourtant, toute vigilance se trouvait en défaut : une rente appartenant en propre à la femme était rachetée pendant la communauté ; les deniers tombaient en communauté et, à défaut d'une clause expresse dans les conventions matrimoniales, la femme n'avait aucun moyen pratique d'obtenir le rachat. Cette situation devait se présenter souvent avec l'admission, au xvi^e siècle, du rachat des rentes. Il est probable que, dans ce cas d'aliénation nécessaire, la jurisprudence intervint tout d'abord pour sous-entendre la clause de rachat (1), puis qu'elle la sous-entendit également dans le cas d'une vente consentie par la femme, en se fondant, comme le dit Ferrière bien plus tard, sur ce que *la femme contracte par une espèce de contrainte de la part de son mari ou par une complaisance aveugle contre ses propres intérêts* (2).

Cette jurisprudence était pleinement établie avant 1580. Et l'art. 232 de la N. C. en recueillit les résultats essentiels en décidant que le prix du rachat ou de la vente serait repris sur les biens de la communauté par l'époux propriétaire de la rente rachetée ou du propre vendu (3). La reprise pouvait être faite même s'il n'y avait pas eu de clause de rachat ou déclaration de propre ; la coutume rappelait ainsi, en les dépassant, les deux étapes principales de l'évolution qui aboutissait au renversement de la solution traditionnelle. Elle posait un principe général, sans distinguer entre l'aliénation d'un propre du mari et celle d'un propre de la femme. Sans doute, le danger principal était apparu dans le second cas ; le mari, aliénant son propre ou recevant les deniers de rachat de sa rente, était le premier intéressé à effectuer le rachat et ne devait guère manquer, pratiquement, de le faire (4). Mais on s'avisa bientôt que permettre au mari d'aliéner ses propres sans rachat et sans reprise serait lui fournir un moyen indirect, mais facile, d'avantager sa femme contre l'esprit de la coutume. Et cette raison déterminait sans doute la jurisprudence à

(1) Ferrière, III, p. 317, n° 2. Ferrière n'indique d'ailleurs pas la date précise de ces arrêts ; la question n'avait plus d'intérêt de son temps, puisqu'il y avait un texte formel ; cf. Bourjon, I, p. 616, nos 24 et 26, et p. 617, n° 29.

(2) Ferrière, III, p. 317, n° 3.

(3) Cet article figurait déjà dans le premier projet et fut admis sans discussion, avec quelques précisions de forme : *Mss. de Simon Marion*, p. 82. — La doctrine admettait, en général, que l'art. 232 étant fondé sur l'équité devait être étendu aux coutumes muettes : Ferrière, III, p. 320, n° 14.

(4) Même après la rédaction de la coutume, les auteurs raisonnent presque toujours dans cette hypothèse, qui reste la plus pratique.

traiter de la même manière toute aliénation de propre (1). Nous apercevons ainsi, dès le XVI^e siècle, les deux idées essentielles qui sont à la base de la théorie générale des récompenses : maintenir l'égalité entre les époux, avec une nuance très nette de protection pour la femme, spectateur passif de la régie du mari ; prohiber entre eux tout avantage indirect résultant d'un déplacement quelconque des divers éléments du patrimoine des époux.

La coutume de Paris ne prévoyait que l'hypothèse de la vente d'un propre ou du rachat d'une rente propre. Mais la pratique et la jurisprudence ne tardèrent pas à en découvrir d'autres auxquelles il était facile d'appliquer les mêmes principes. Chacun des époux pouvait être créancier, à l'égard de la communauté, de reprises pour les deniers provenant de leurs propres et qui, d'après les principes, ne tombaient pas en communauté. Inversement, chacun d'eux pouvait être débiteur à l'égard de la communauté, ayant provisoirement assumé une dépense incombant en définitive à l'époux. Il y avait ainsi une complexe balance à établir pour reconstituer sur le papier l'avoir réel de la communauté et le répartir entre les époux (2). Je voudrais examiner les principaux éléments de cette balance avant de montrer l'influence qu'avaient sur la répartition définitive les situations très différentes des deux époux.

Chacun des époux peut réclamer à la communauté les deniers qu'il a apportés en les stipulant propres ; c'est ce que les auteurs appellent la reprise de propre fictif (3). Il peut exiger de même les deniers provenant du remboursement d'une rente propre ou de la vente d'un propre survenus pendant la communauté (4) ; on assimile à la vente du fonds la vente d'une coupe de haute futaie (5). La communauté doit restituer seulement ce qu'elle a reçu, quelle que soit la valeur réelle du propre ; si la femme a apporté un office en propre, dans lequel son mari s'est fait recevoir, elle pourra réclamer la valeur du propre au moment de cette réception (6). Toute restitution est exclue lorsque le propre a été régulièrement remployé en un immeuble qui lui est subrogé réel-

(1) C'est cette considération que donnent tout de suite Ferrière, III, p. 315, n° 1, et Bourjon, I, p. 516, n° 24 ; ce dernier trouve étrange que cela ait pu faire la matière d'un doute et qu'il ait fallu un certain temps pour se convaincre de cette nécessité.

(2) V., par exemple, comment Pothier, *Communauté*, n° 582, pose la question.

(3) Bourjon, I, p. 612, n°s 1 et s.

(4) N. C., 232 ; Ferrière, II, p. 315 et s. ; Bourjon, I, p. 616, n°s 24 et s., et Pothier, *Communauté*, n°s 585 et s.

(5) Ferrière, II, p. 323, n° 20 ; Bourjon, I, p. 616, n°s 30 et s.

(6) Bourjon, I, p. 618, n°s 41 et s.

ment par la vertu du remploi (1). S'il s'agit d'un propre du mari, la déclaration de remploi émanée de lui est nécessaire et suffisante ; mais la femme doit, en principe, accepter expressément l'offre de remploi de son propre qui lui est faite par son mari (2).

Inversement, les époux doivent indemnité à la communauté lorsqu'elle a réglé des dettes qui leur incombaient personnellement, par exemple les dettes immobilières antérieures au mariage, ou même les dettes mobilières en cas de séparation de dettes (3). Il en était ainsi, sauf distinctions, lorsque des améliorations avaient été faites aux propres avec les deniers de communauté. L'idée de cette récompense, nous l'avons constaté, était ancienne, mais elle fut lente à prévaloir ; la N. C. de Lorris, de 1531 (4), décidait encore que les améliorations faites aux propres par la communauté étaient des conquêts, ce qui n'était pas un système bien pratique, mais elle permettait à l'héritier du propre de conserver ces améliorations en remboursant la moitié à l'autre conjoint ; c'était déjà la récompense, mais facultative pour l'héritier du propre. On alla, en définitive, en doctrine et en jurisprudence, jusqu'à la récompense obligatoire (5). Elle n'était pas due, toutefois, pour les simples réparations d'entretien, charges de la jouissance dont bénéficiait la communauté (6). Les impenses de pur agrément ou impenses voluptuaires ne fondaient pas davantage la récompense, parce qu'elles n'enrichissaient par le propre et ne pouvaient être considérées comme des avantages indirects (7). Les impenses nécessaires devaient être intégralement remboursées à la communauté et les impenses utiles devaient l'être jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles avaient donnée au propre et sans qu'en aucun cas la récompense put excéder la somme réellement déboursée par la communauté (8).

Plus largement, récompense était due à la communauté lorsque des acquisitions faites de ses deniers avaient accru le patrimoine propre de l'un et l'autre des époux (9) ; ainsi, au cas

(1) Bourjon, I, p. 620, n^{os} 59 et s.

(2) Bourjon, *ibidem* ; mais les rentes remboursées en 1720 par le roi purent être remployées par le mari seul en rentes sur la ville ; cela fut décidé par plusieurs arrêts du Conseil : Bourjon, I, p. 621, n^o 64.

(3) Bourjon, I, p. 624, n^{os} 1 et s. ; Pothier, n^o 614 ; cet auteur, n^o 613, pose comme principe général que toutes les fois que l'un ou l'autre des conjoints s'est enrichi aux dépens de la communauté, il lui en doit récompense.

(4) Tit. 8, art. 12.

(5) V. sur cette question, Pothier, n^{os} 634 et s.

(6) Bourjon, I, p. 630, n^{os} 14 et s. ; Pothier, n^o 634.

(7) Bourjon, I, p. 630, n^o 15.

(8) Bourjon, I, p. 628, n^{os} 1 et s. ; Pothier, n^{os} 635-636.

(9) Voici la formule de Pothier, n^o 627 : *chacun des conjoints doit récompense à la communauté de ce qu'il en a tiré pour ses héritages propres.*

d'acquisition ou d'extinction d'une servitude au profit du propre (1), au cas d'augmentation des gages ou prérogatives d'un office propre (2), au cas d'acquisition d'un propre de succession avec versement d'une soulte ou d'acquisition par licitation de la totalité d'un propre indivis (3), au cas d'acquisition d'un propre par retrait lignager (4), bref, dans tous les cas où la coutume n'avait pas décidé que de telles acquisitions constitueraient des conquêts de communauté (5). On conserva même, dans deux hypothèses, la notion intermédiaire et un peu hésitante de récompense facultative : quand un office avait été acquis pendant la communauté, et de ses deniers, le mari titulaire de l'office pouvait se le faire attribuer comme propre en remboursant à la communauté ce qu'elle avait payé pour son acquisition ou son accroissement (6). Si une parcelle de biens, joignant un propre, a été acquise pendant la communauté, elle constitue bien un conquêt, mais on permet au conjoint intéressé, pour des considérations d'équité, de l'unir à son propre en récompensant la communauté (7).

La question des récompenses est particulièrement compliquée et délicate lorsqu'un enfant a été doté pendant la communauté. Il serait sans intérêt d'examiner en détail les hypothèses susceptibles de se produire (8) ; il suffit de déterminer les principes assez simples qui permettent de les résoudre. S'il s'agit tout d'abord d'un enfant né d'un précédent mariage, la charge de le doter incombe à son père ou à sa mère seul, et, si la communauté a fourni les deniers, elle doit en être récompensée (9). Quant aux enfants

(1) Pothier, n° 638.

(2) Bourjon, I, p. 630, n°s 20-21 ; mais il en serait autrement si la communauté avait payé une *taxe sèche*, qui est la charge des fruits de l'office dont elle jouit.

(3) Bourjon, I, p. 629, n°s 8-11 ; Pothier, n° 629.

(4) Bourjon, I, p. 630, n° 18 ; Pothier, n° 627, qui donne d'autres exemples plus complexes.

(5) V. *suprà*, p. 229.

(6) V. *suprà*, pp. 230-231.

(7) Bourjon, I, p. 630, n°s 16-17, rapportant l'opinion commune du Châtelet ; Bourjon considère, toutefois, que *c'est simple opération volontaire de partage*.

(8) Pothier, n°s 641 et s., distingue jusqu'à dix cas différents.

(9) Bourjon, I, p. 624, n° 2, estime même que la communauté a droit à récompense pour avoir assumé l'entretien d'un enfant du premier lit, à moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage. Ajoutez Pothier, n° 642. — A Paris, l'art. 283 de la N. C., contraire au droit commun coutumier, permettait au mari sans enfant de faire une libéralité aux enfants de son conjoint né d'un autre lit, et cet article modifiait dans certains cas le règlement des récompenses ; comparez Bourjon, I, p. 625, n°s 5-7, et Pothier, n°s 642-643.

communs, leur dotation est une dette pour chacun des deux époux, plutôt qu'une dette incombant à la communauté; mais c'est une dette simplement naturelle à laquelle chacun des époux peut contribuer, s'il lui plaît, et dans la mesure qu'il lui plaît (1). Il est donc très important de savoir si la dot a été constituée conjointement par les deux époux et pour quelle portion par chacun d'eux. En cas de dotation conjointe, la femme, même renonçante, est tenue de contribuer, sur ses propres, pour moitié ou pour la portion indiquée (2). D'autre part, le mari, comme chef de la communauté, peut doter l'enfant commun des deniers de la communauté et, dans ce cas, la communauté reste seule tenue en définitive, à moins que le mari n'ait marqué l'intention de doter personnellement son enfant (3). A l'aide de ces principes et en les combinant, on peut assez bien déterminer les indemnités dues par chacun des époux à l'autre ou à la communauté, selon que la dot a été constituée avec des effets de communauté ou avec un propre de l'un ou l'autre des époux.

Enfin, le règlement des dettes de communauté peut être la source d'une nouvelle série d'indemnités ou récompenses si ces dettes communes ont été acquittées par l'un des époux au delà de la part qu'il doit supporter en définitive (4). Le principe est que ces dettes doivent être supportées également par chacun des époux, sous cette réserve que la femme n'en doit jamais être chargée au delà de l'émolument qu'elle a reçu dans la communauté, même si elle s'est personnellement engagée. Les créanciers peuvent, à la dissolution de la communauté, poursuivre l'un des époux, à leur choix, en gardant le profit de l'action hypothécaire ou indivisible, en cas de solidarité, qui leur appartient éventuellement. Mais l'équilibre sera rétabli entre les époux par le jeu de ces indemnités.

Rien n'empêche la femme de s'engager ainsi à côté de son mari (5); la renonciation au Velléen avait acquis une force irrésistible, dans la pratique, bien avant l'édit de 1606, qui acheva de la déclarer inutile; selon la juste remarque de Du Moulin, la femme agit en associée et non point comme caution de son mari (6).

(1) Ces principes sont formulés notamment par Pothier, nos 644 et s.

(2) Bourjon, I, p. 624, n° 4, parce que c'est une dette qui lui est personnelle, qu'elle a acquittée de son plein gré, et non pas une dette de la communauté; même solution dans Pothier, n° 649.

(3) Bourjon, I, p. 654, nos 2 et s., p. 625, n° 8; Pothier, n° 648.

(4) La question est bien exposée par Pothier, nos 759 et s.

(5) Sur cette question en général, v. Brissaud, p. 1142; Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 396 et s.

(6) *Tractatus de usuris*, nos 288-296 (II, p. 115 et s.), cité par Lefebvre, p. 400, n. 1.

Cette notion paraît bien s'être conservée dans la pratique parisienne, où la femme acceptante, qu'elle ait ou non contracté avec son mari, est tenue à concurrence de moitié comme associée, dans la mesure du moins de son émolument. Certains auteurs ont bien essayé de raffiner et de distinguer les cas où elle agissait près de son mari comme associée ou comme caution, dans l'intérêt exclusif du mari (1) : dans ce second cas, on lui reconnaissait le droit à récompense pour la totalité de ce qu'elle avait déboursé. Mais les textes parisiens ne paraissent pas être entrés dans cette complication (2).

Le droit aux récompenses étant ainsi précisé, il faut marquer qu'il ne s'exerce pas tout à fait de la même manière au profit de la femme et au profit du mari, à cause de leur situation très différente pendant le mariage et à la dissolution. Par la renonciation à la communauté, la femme se met à l'abri de toute action en indemnité soit du mari, soit de la communauté, à l'exception de ce qu'elle doit pour ses dettes antérieures au mariage et réglées par la communauté, pour la dotation conjointe d'un enfant commun et pour les améliorations ou accroissements de ses propres (3) : le principe formel est ici, en effet, que le fonctionnement de la communauté n'a pas pu, directement ou indirectement, porter atteinte à son patrimoine propre. Par contre, le mari, qui doit toujours assumer le risque de liquider la communauté (4), est exposé à subir, même sur ses biens propres, à défaut ou en cas d'insuffisance des biens communs, les reprises ou actions en indemnité qui découlent, au profit de la femme, du jeu des principes exposés (5).

L'hypothèque légale. — Les droits de la femme furent efficacement sauvegardés à son profit par l'hypothèque légale qui lui fut accordée (6). Je n'ai pas trouvé trace de cette hypothèque légale dans Du Moulin, et la coutume de 1580 est muette. Elle fut introduite, au cours du XVII^e siècle, par la jurisprudence, certain-

(1) Voyez les textes de Renusson, des *Arrêtés* de Lamoignon et ceux, plus vagues, de Pothier, que cite Lefebvre, *op. laud.*, p. 402.

(2) Cependant, Bourjon, I, p. 662, n^{os} 85 et s., justifie la garantie que le mari doit à la femme renonçante pour les dettes auxquelles il l'a engagée, par l'idée que la femme ne doit être regardée que comme caution (n^o 90). Mais, dans cette hypothèse, il ne s'agit que de sauver les propres de la femme.

(3) Bourjon, I, p. 644, n^{os} 9 et s.

(4) De même, le mari n'a action que contre la communauté pour récupérer ses propres fictifs : Bourjon, I, p. 613, n^o 10.

(5) Pothier, n^{os} 609 et s.

(6) V. sur la question en général, Brissaud, pp. 1742-1743, et surtout Lefebvre, *loc. cit.*, pp. 592-585.

Egger, Vermögenshaftung und Hypothek, 1903, p. 275-284.

[7.6.28]

nement à l'imitation de l'hypothèque qui garantissait la restitution de la dot au profit de la femme romaine (1). Sans doute, le droit coutumier ne connaissait pas la dot romaine véritable *ad onera matrimonii sustinenda* et opposée aux biens paraphernaux ; mais on pouvait, dans une certaine mesure, y comparer les meubles ou sommes d'argent mis effectivement à la disposition du mari, mais stipulés propres par une clause expresse des conventions matrimoniales (2). A la dissolution de la communauté, le mari était tenu de les restituer : la créance de restitution fut garantie par une hypothèque légale grevant les biens du mari à dater du jour même du mariage (3). Cette hypothèque fut étendue progressivement aux créances appartenant à la femme en cas d'aliénation de son propre sans emploi et dans tout autre cas où, selon les principes exposés, elle avait droit à indemnité ou à récompense (4). Pour ces créances nées postérieurement à la célébration du mariage, il y avait de grosses difficultés juridiques à les garantir par une hypothèque remontant au jour du mariage (5). Mais la pratique passa outre résolument à ces scrupules doctrinaux : l'hypothèque légale remonta en tout état de cause au jour du mariage sans devenir jamais, cependant, comme en droit byzantin, une hypothèque privilégiée.

La jurisprudence désirait, en effet, protéger de toutes manières les biens propres de la femme contre les dissipations et les prodigalités du mari, et l'hypothèque légale obtenait ce résultat lorsque le mari possédait un patrimoine immobilier suffisant à la célébration du mariage. Et il était aisé de justifier cette prérogative en l'assimilant à l'hypothèque tacite du mineur, *la femme n'étant pas moins sous la puissance de son mari que le pupille sous celle de son tuteur* (6). L'hypothèque légale nous apparaît ainsi comme la dernière pièce de cet ingénieux système de protection en faveur de la femme, pour compenser sa situation trop dépendante pendant le mariage.

Mais, par un singulier retour, cette institution de protection aboutit, en définitive, à renforcer la situation de la femme pendant

(1) La matière est déjà longuement exposée par Ferrière, III, p. 415 et s.

(2) Ferrière, III, p. 479, n° 4.

(3) Bourjon, I, p. 613, n°s 8 et 9 ; Pothier, n° 610.

(4) V. l'acte de notoriété du 24 avril 1670 dans Ferrière, III, pp. 435-436. Il y avait d'ailleurs de sérieuses difficultés pour déterminer l'ordre des hypothèques sur les biens du mari entre la femme et les enfants douairiers, et c'est à propos de ces difficultés que fut rendu cet acte de notoriété.

(5) Pothier, n°s 611-612 ; n°s 763-764 ; nombreux arrêts cités par Ferrière, III, p. 423, n°s 15-18.

(6) Ferrière, III, p. 421, n° 11.

le mariage. Après quelques hésitations, on permit, en effet, à la femme, de renoncer expressément à son hypothèque légale ; ce n'était pas très logique, car si la femme mariée a vraiment besoin de cette garantie, il était bien imprudent de lui permettre d'y renoncer ; si elle est frivole ou faible jusqu'à consentir à vendre son propre, par exemple, ne le sera-t-elle pas jusqu'à renoncer à l'hypothèque qui garantit, en principe, son action en remploi ? Mais la pratique n'eut pas de ces scrupules et elle eut probablement raison. Créer l'hypothèque légale et admettre la renonciation, c'était obliger les tiers à traiter avec la femme, comme avec le mari, pour tous les actes de quelque conséquence à passer pendant le mariage (1). Le droit au douaire, autrefois si énergique dans ses effets, avait pu être cantonné par la stipulation de plus en plus courante d'un douaire préfix ; l'hypothèque lui succédait, avec la même étendue et le même point de départ ; on admettait même, après controverse, qu'elle frappait les conquêts, au moment de leur acquisition, parce qu'ils faisaient vraiment partie, pendant la communauté, des biens du mari (2). Les tiers acquérant ou contractant avec le mari n'avaient ainsi pratiquement de sécurité qu'en obtenant de la femme une subrogation à son hypothèque ; et ainsi reparaissait, avec d'autres justifications, l'ancienne habitude du concours de la femme à tous les actes impliquant aliénation ou engagement des immeubles.

Telles sont les lignes essentielles de la communauté conjugale dans le dernier état du droit parisien (3). Elle apparaît juridiquement très complexe, mais on y retrouve partout le souci de maintenir la balance égale entre les époux. Il n'est pas facile de l'expliquer au point de vue des principes, et nos anciens auteurs sont embarrassés quand ils veulent en donner une idée générale. Ils s'accordent cependant à reconnaître que la communauté conjugale est une société, et même, à certains égards, une société universelle, puisqu'elle porte, au moins en jouissance, sur l'universalité des biens des époux ; mais ils doivent ajouter, banalement, que ce n'est pas une société ordinaire (4), car ils ont perdu le sens de l'ancienne liaison entre la compagnie conjugale et les

(1) Pothier, n° 766.

(2) Le Camus, dans Ferrière, III, pp. 227-228, n°s 5 et s.

(3) V. sur tout ce qui suit les observations de Lefebvre, *loc. cit.*, p. 293 et s.

(4) Ferrière, III, p. 3, n° 1 ; Pothier, *Communauté*, n°s 1 et 3. Bourjon, qui a fait un sérieux effort pour exposer systématiquement le *droit commun de la France*, étudie la communauté entre époux à la suite des diverses sociétés et sous la rubrique de la *société légale ou de la communauté de biens entre conjoints par mariage*, I, p. 506 et s.

grandes compagnies familiales du haut moyen-âge. Des considérations morales supérieures à toutes les questions d'intérêt font prévaloir, sur la pure conception égalitaire des sociétés de biens, la notion d'une discipline conjugale librement acceptée, mais bien reconnue comme telle, selon le plan même du mariage chrétien. L'autorité maritale domine donc tout le fonctionnement de la communauté de biens. Mais il était essentiel de l'organiser sur des bases raisonnables.

Or, depuis le *xvi^e* siècle, il ne faut plus parler, comme au *xiv^e* ou au *xv^e* siècle, d'hésitations, de tâtonnements ou d'incohérence. Une doctrine claire et sûre d'elle-même exagère systématiquement l'autorité du mari et l'incapacité corrélative de la femme. Elle a sa source, c'est possible, dans ce courant d'idées romaines formé autour du Velléen et dans les exagérations verbales de certains canonistes ou théologiens ne voulant voir dans les femmes que des filles d'Eve. Mais elle exprime surtout le sentiment de toute une époque et de toute une société, qui aime trop l'autorité et la hiérarchie pour ne pas les introduire, sans grandes nuances, dans le mariage comme dans la famille. L'absolutisme marital, comme l'absolutisme paternel, s'épanouit dans une ambiance où l'absolutisme monarchique donne la note. Nous sommes très loin, à tous égards, du *xiii^e* siècle, où les meilleurs esprits, malgré la barbarie encore proche, essayaient de se montrer justes et généreux à l'égard des femmes, pour leur faire mieux accepter une subordination nécessaire. Au *xvii^e* siècle, il n'est plus guère question que de cette subordination, et il en est tout particulièrement question chez les juristes, qui n'écrivent plus ni ne pensent comme Beaumanoir.

Cette subordination de principe justifie la maîtrise du mari sur les meubles et les conquêts, maîtrise dont on déroule toutes les conséquences logiques, jusqu'à permettre au mari de faire des libéralités avec les conquêts, sauf à l'égard du seigneur confisquant, dont les prétentions contribuèrent sans doute à l'établir au début du *xiv^e* siècle. On va même jusqu'à y ajouter cette raison, absolument incompatible avec l'idée de société, que l'activité du mari alimente principalement la communauté, dont il est trop juste qu'il dispose librement (1).

Cette subordination explique de même l'extension de l'incapacité de la femme mariée, toujours soumise à son mari ou à la justice, et qui va atteindre, pour les actes importants, la femme

(1) C'est une idée familière à la plupart de nos anciens auteurs, notamment à E. de Laurière, II, pp. 204-205.

séparée. Elle explique encore les exigences d'une autorisation formaliste, au moment de l'acte, et la nullité si rigoureuse qui frappe les actes de la femme non autorisée, à une époque où la nécessité d'une bonne discipline conjugale n'est plus en cause. Et partout, cette subordination annihile, pendant le mariage et même au delà, cette situation d'associée que la femme semblait tenir de la notion même d'une compagnie conjugale.

Comment expliquer ce déséquilibre latent, ce régime boiteux, quoique organisé avec beaucoup de soin? Du Moulin s'y essaya, à propos de difficultés de détail (1). Il imagina de considérer que la femme, pendant la communauté, n'était pas, à proprement parler, une associée, mais qu'elle avait seulement l'espérance de l'être, ce qu'il exprima, après bien des hésitations et des recherches d'expression, dans cet adage célèbre : *uxor non est propriè socia sed speratur fore*. Dans un autre passage de son commentaire, il considéra que le mari était, pendant la communauté, *solus actu dominus, propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem*. La femme n'avait aucun pouvoir d'associée, car la communauté n'existait pas à proprement parler et d'une manière actuelle pendant le mariage ; elle n'existait que virtuellement, sauf à apparaître sans restriction et d'une façon actuelle à la dissolution du mariage.

Du Moulin n'avait donné ces explications hésitantes qu'en passant, à propos de points de détail. Les auteurs qui suivirent les considérèrent comme des adages définitifs, dominant tout le système et capables de rendre compte de ses particularités (2). On peut le voir, par exemple, aux raisonnements de Ferrière, déclarant que la femme n'a aucun droit dans les biens de la communauté, si ce n'est à sa dissolution (3) ; Bourjon oppose sans cesse au droit simplement virtuel qu'a la femme pendant la communauté, le droit actuel ou habituel qu'elle acquiert à sa dissolution (4). Pothier qualifie de droit informe le droit de la femme

(1) *In cons. Paris.*, art. 25, nos 1 et s. ; art. 109, n° 3 (I, p. 477 et 880).

(2) Sur le développement ultérieur de cette maxime, v. Chéron, *Etude sur l'adage « uxor non est propriè socia sed speratur fore »*, thèse Droit, Paris, 1901.

(3) *Corps et Compilation*, III, p. 209, n° 1, où il justifie ainsi la maîtrise du mari sur la communauté : *la raison est que, pendant le mariage, la femme n'a aucun droit dans les biens de la communauté qu'après la dissolution d'icelle, par l'acceptation qu'elle en fait ; mais tant qu'elle dure elle n'a qu'un droit virtuel, habituel et potestatif, et le mari, par le travail et l'industrie duquel les biens sont acquis, en est le maître, comme si la femme n'était pas commune avec lui*.

(4) Ainsi, I, p. 564, n° 3 ; p. 591, n° 1 ; p. 602, n° 2.

durant le mariage, mais se rallie, lui aussi, à la doctrine de Du Moulin (1).

Et pourtant, cette doctrine était bien singulière et peu exacte ; à la dissolution, tout ne se passe pas comme si la femme était une associée ordinaire ; sans doute, c'est bien prérogative d'associée que de partager également la masse commune. Mais, au moment de ce partage, que de privilèges qui ne concordent guère avec le principe d'égalité entre les associés ! La femme peut renoncer à la communauté et s'exonérer ainsi de tout risque de perte ; si elle accepte, elle ne sera tenue que jusqu'à concurrence de son émolument dans la communauté, alors que le mari sera tenu indéfiniment sur ses biens personnels ; enfin, si le système des récompenses n'est pas inconciliable avec l'idée de société, il est organisé d'une manière particulièrement avantageuse pour la femme.

Tous ces privilèges ne concordent pas avec l'idée de société et il n'est pas possible d'expliquer juridiquement la communauté conjugale. On ne peut que rendre compte, historiquement, de la manière dont elle s'est combinée avec le principe tout différent de l'autorité maritale. Comme on n'a pas su ou voulu, dès le début, limiter les pouvoirs du mari aux seuls actes conformes à l'intérêt de la compagnie, on s'est efforcé du moins de sauvegarder le patrimoine propre de la femme en reconnaissant, à titre de contrepoids, le droit de renonciation, le bénéfice d'émolument, les récompenses, l'hypothèque légale. Et on s'y est pris de telle manière que, malgré les pouvoirs exagérés reconnus, en principe, au mari, les tiers ont pratiquement exigé le concours de la femme et du mari pour tous les actes de quelque importance. C'était conserver ou restaurer l'essentielle tradition de la compagnie conjugale. Et la femme, ainsi associée aux péripéties fondamentales, a pu jusqu'au bout sacrifier sciemment ses propres, si elle le jugeait à propos, aux intérêts supérieurs du ménage et des enfants. Il faut songer à tout cela, autant qu'aux raisonnements excessifs ou méprisants des juristes, si l'on veut juger sainement notre ancienne communauté conjugale. Imparfaitement conçue, trop complexe en ses rouages, trop ingénieuse en ses balances, elle n'est plus vivifiée par l'esprit simple et franc du ^{xiii}e siècle. Mais elle subsiste dans ses traits principaux parce qu'elle repose toujours sur sa base nécessaire et suffisante, l'union indissoluble des personnes. C'est dans les vertus mêmes de cette union, avec ce qu'elle comporte de concessions mutuelles et d'incessante col-

(1) *Communauté*, n° 3.

laboration, que l'on pouvait trouver un remède à une conception trop rigide de l'autorité du mari et de l'incapacité de la femme.

§ 4. — LES COMMUNAUTÉS CONTINUÉES

En étudiant les communautés familiales, nous avons constaté qu'à la fin du ^{xiv}^e siècle, à Paris, elles apparaissaient pratiquement sous l'aspect de simples communautés conjugales continuées (1). L'évolution qui restreignait ainsi leur portée est achevée au ^{xvi}^e siècle, après la période obscure du ^{xv}^e siècle, et elle s'accompagne d'une disparition complète des communautés taissables dont nous n'avons d'ailleurs trouvé à Paris, au ^{xiv}^e siècle, que de très faibles traces, en dehors des communautés familiales. Cet affaiblissement des tendances communautaires, qui subsistent dans certaines provinces voisines, comme la Champagne et l'Orléanais (2), est un trait caractéristique du droit parisien.

La communauté continuée du ^{xvi}^e siècle n'a plus aucun lien avec l'ancienne communauté familiale. Non seulement la communauté n'existe plus entre parents, par exemple entre frères et sœurs, après la mort des parents, mais elle n'existe même pas toujours entre les enfants du mariage et l'époux survivant ; pour qu'elle s'établisse, ou plutôt pour qu'elle continue, il faut que les enfants du mariage, ou tout au moins l'un d'eux, soit mineur ; et dans le cas où elle est possible, elle n'est pas obligatoire ; les enfants, devenus maîtres de leurs droits, peuvent demander la liquidation de la communauté au jour de sa dissolution normale, ou opter pour sa continuation jusqu'au jour de la rédaction de l'inventaire (3).

D'autre part, la question de cohabitation n'avait plus aucune

(1) V. *suprà*, p. 177.

(2) Sens, A. C., 277-278 ; N. C., 280-281, qui limite la communauté taissable aux meubles et aux dettes ; Lorris-Montargis, A. C., 9, 1 ; N. C., 9, 1 (communauté de meubles et de conquêts) ; Orléans, A. C., 180 ; la N. C., 213, exige, pour la formation de la communauté, une convention expresse.

(3) A. C., 118 ; N. C., 240. — Il en était tout autrement en Orléanais, où la communauté existait, faute d'inventaire, entre le conjoint survivant et les héritiers de l'autre, même majeurs ou collatéraux ; c'était une suite des anciennes communautés familiales, et la N. C. d'Orléans, art. 216, l'admettait sans écrit, par exception à l'art. 213, qui était de droit nouveau. Toutefois, l'art. 216 *in fine* laisse aux enfants ou héritiers mineurs l'option entre la liquidation à la date normale ou la continuation de la communauté. V. Orléans, A. C., 182-183 ; N. C., 216-217 ; Lorris-Montargis, A. C., 9, 3-4 ; N. C., 9, 3-5. Pothier, *Communauté*, nos 771 et 773, fait en termes excellents l'opposition entre le système parisien et le système orléanais. — On peut consulter à la Bibl. nat., ms. Clairambault 907, f^{os} 431-434, une dissertation sur les art. 240 et 241 de la coutume de Paris qui contient un exposé critique, avec projet de réforme, du système parisien des communautés continuées.

importance ; la continuation de communauté pouvait être demandée, même s'il n'y avait pas eu cohabitation de fait, pourvu qu'un inventaire n'ait pas été rédigé. Et la rédaction d'un inventaire l'exclut, même s'il y a cohabitation. Un doute subsista cependant quelque temps, sous l'empire de l'A. C., dont l'art. 118 assimilait à l'inventaire tout *acte dérogeant à la communauté*. Il y avait dans cette assimilation un souvenir plus ou moins conscient de l'ancienne notion de communauté. Et certains arrêts, pour l'interprétation de ce texte, avaient décidé que le fait de marier un enfant avec des biens communs, après la dissolution du mariage, constituait un acte dérogeant à la communauté et empêchait l'enfant d'en réclamer ensuite la continuation (1). Mais toute obscurité disparut au moment de la réformation. Le premier projet admettait encore, à côté de l'inventaire, l'acte dérogeant à la communauté, mais le définissait étroitement comme une déclaration de volonté faite par écrit et devant être immédiatement suivi de diligences pour arriver à l'inventaire (2). Peut-être doit-on voir dans cette disposition un souvenir de l'ancienne protestation en justice qui écartait la communauté taisible par cohabitation d'an et jour. En tout cas, le second projet, suivi par le texte définitif, supprima tout acte dérogeant et n'admit plus, pour exclure la continuation de communauté, qu'un inventaire en bonne et due forme dressé de concert avec un légitime contradicteur, tuteur *ad hoc* ou subrogé-tuteur (3). L'enfant marié avec des biens communs pouvait toujours réclamer la continuation de communauté, s'il n'y avait pas eu d'inventaire, à charge seulement de précompter sur sa part ce qu'il avait reçu en mariage (4).

La coutume ne précisait pas dans quel délai devait être fait l'inventaire pour écarter la continuation de communauté (5) ; la pratique donna trois mois à dater de la dissolution du mariage (6) ; il ne reste plus aucun souvenir de l'ancien délai d'an et jour nécessaire pour consommer la confusion matérielle et juridique des patrimoines et pour établir comme conséquence la communauté.

L'A. C. n'avait directement prévu la continuation de commu-

(1) Ferrière, III, p. 534, n° 18, qui cite dans le même sens divers textes de Du Moulin et Loysel, *Inst. Cout.*, III, 3, 11.

(2) *Mss. de Simon Marion*, p. 83.

(3) Art. 240. — Sur les formalités de l'inventaire qui devait être clos en justice, v. Bourjon, I, p. 681, n°s 1-3.

(4) Bourjon, I, p. 676, n°s 16 et s.

(5) L'art. 241 décidait seulement que l'inventaire devait être clos trois mois après son ouverture.

(6) Bourjon, I, p. 682, n° 4, qui se réfère à l'usage du Châtelet. *En ce*

*sens, arrêt de règlement du Parlt. de Paris, lu et
publié au Châtelet, à l'audience, puis affiché
du 4 mars 1727 : Code Louis XV, II, p. 110-111*

nauté qu'entre le survivant et les enfants du mariage (1). Mais si le survivant se remariait, sans que le nouveau conjoint fit inventaire de ses propres meubles, on admettait entre les deux conjoints et les enfants du premier lit la continuation de la communauté, sauf à discuter sur les modalités du partage en cas de liquidation (2). La N. C., art. 242, confirma cette décision et revint, quant au partage, aux principes traditionnels dont on ne s'explique guère la méconnaissance par une partie de la doctrine et de la jurisprudence du xvi^e siècle : les enfants du premier lit et chacun des conjoints avaient droit à un tiers de la masse commune et, si le second conjoint avait lui-même des enfants, il se formait une communauté à quatre têtes ; ce sont, bien exactement, les solutions du xiv^e siècle (3). L'art. 243 décida qu'en cas de décès d'un ou de plusieurs enfants, leur part accroissait aux autres qui gardaient ainsi, n'en restât-il qu'un, la moitié, le tiers ou le quart dans la communauté continuée. Cette règle, qui dérogeait gravement aux principes ordinaires de la dévolution successorale, puisque le conjoint survivant aurait dû normalement succéder aux meubles et conquêts de ses enfants (4), était bien dans l'esprit du système communautaire et devait être traditionnelle, encore que je n'en aie trouvé aucune trace dans les textes parisiens du moyen-âge.

Il n'y a aucun intérêt historique à étudier en détail le fonctionnement nécessairement complexe de la communauté continuée (5). Les auteurs disputaient beaucoup sur la question de savoir si la communauté prolongée était une communauté nouvelle ou une suite de la communauté conjugale. E. de Laurière, pour des motifs historiques qui n'avaient plus aucune valeur de son temps, du moins dans la région parisienne, y voyait une communauté du type des communautés taisibles du xiv^e siècle et, par conséquent, une communauté nouvelle (6). Mais la plupart

(1) Art. 118.

(2) V. les autorités citées par Ferrière, III, p. 605, n° 1.

(3) E. de Laurière, *Cout. de Paris*, II, p. 235, renvoie aux textes du *Gr. Cout.* ; cf. Loisel, *Inst. cout.*, III, 3, 10.

(4) Bourjon, I, p. 692, n° 6, limite cet accroissement aux biens possédés par l'enfant décédé dans l'ancienne communauté, à l'exclusion des biens acquis depuis. Il cite en ce sens une décision du Châtelet rendue en faveur de la mère d'un enfant intéressé dans les affaires du roi et qui y avait amassé un bien assez considérable.

(5) Je renvoie aux commentateurs parisiens et notamment à Ferrière et à Bourjon. V. comme étude moderne Bonnet, *L'institution de la communauté continuée*, dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1909, pp. 607-653.

(6) *Cout. de Paris*, II, pp. 231-232 ; E. de Laurière, selon son habitude, le prend d'assez haut avec ses contemporains. Pothier, *Communauté*, n° 772,

des auteurs, s'appuyant sur le texte de la coutume et sur le fait que la communauté continuée était réglémentée au titre de la communauté entre époux, la considéraient comme une suite de l'ancienne (1). Cependant, la jurisprudence, après beaucoup d'hésitation, finit par rejeter la principale conséquence que l'on tirait de cette seconde doctrine en décidant que les conquêts de la communauté conjugale étaient des propres naissants pour les enfants et tombaient dans la communauté en usufruit seulement (2). Cette solution avait l'avantage de soustraire ces conquêts de la première communauté au pouvoir de disposition que l'on reconnaissait au chef de la communauté continuée, à l'imitation de ce qui se passait dans la communauté conjugale (3). Aussi la pratique y restait attachée et cela n'empêchait nullement Pothier de voir dans l'institution parisienne une simple continuation de la communauté ancienne dont la coutume pouvait toujours, d'autorité, modifier la composition (4).

En réalité, l'esprit de tout le système, et Pothier l'a dégagé avec sa lucidité habituelle, était d'obliger le conjoint survivant à établir, contradictoirement avec ses enfants mineurs, un inventaire de la communauté (5). Faute d'inventaire, on pouvait redouter des fraudes comme aussi bien des difficultés pour établir plus tard l'exacte consistance de l'actif commun. La rédaction de cet inventaire était un devoir pour le conjoint survivant, normalement tuteur légal de ses enfants mineurs. S'il n'y procédait pas, la coutume le frappait d'une peine : les enfants avaient le droit d'opter, à leur majorité, entre la liquidation normale de la

le raille finement de l'inclination qu'il avait à trouver partout des vestiges de l'ancien droit coutumier, à la recherche duquel il s'était principalement et utilement appliqué.

(1) Ferrière, III, p. 551, nos 4 et s. ; Bourjon, I, p. 679, n° 5, ne met pas en doute qu'il s'agit toujours de la communauté ancienne ; Pothier, n° 772, donne les arguments avec clarté.

(2) Bourjon, I, p. 684, nos 5-7, qui paraît surpris que cela ait pu être discuté ; Pothier, n° 820.

(3) Bourjon, I, p. 685, n° 8. Selon le même auteur, p. 691, nos 3-4, la pratique ne permettait au chef de la communauté continuée de faire des libéralités que sur sa part.

(4) *Communauté*, n° 772, *in fine*. — De même, on excluait sans hésitation de la communauté continuée les acquisitions quelles qu'elles soient du chef des enfants, car, comme le dit Bourjon, I, p. 687, nos 23 et s., *c'est pour eux et non contre eux que la coutume établit la continuation de communauté*. Cf. Pothier, n° 829.

(5) *Communauté*, n° 771 ; il en était tout autrement dans la coutume d'Orléans, qui a seulement conservé l'observance de l'ancien droit, n° 773. — Bourjon, I, p. 674, n° 3, avait déjà fortement marqué l'idée de peine qui était à la base du régime parisien. Ferrière, III, p. 523, n° 3, se borne à constater que le système a été établi dans l'intérêt des enfants, ce qui en justifie l'extension aux coutumes muettes, malgré certains auteurs qui jugeaient la continuation odieuse et pénale, n° 9.

communauté et sa continuation jusqu'à leur majorité, c'est-à-dire qu'ils pouvaient participer aux acquisitions réalisées par le conjoint ou s'exonérer d'une gestion maladroite ou infructueuse. Il y avait là un privilège avantageux pour les enfants et une menace sérieuse pour le conjoint.

Mais ces considérations étaient hors de cause quand il s'agissait de parents collatéraux ou d'enfants majeurs (1). Maîtres de leurs droits ou dûment représentés, ils pouvaient toujours requérir l'inventaire et le partage de la communauté. Faute d'agir ainsi, ils ne pouvaient s'en prendre qu'à eux-mêmes si quelque détournement d'actif était opéré ou s'il surgissait quelque difficulté de preuve (2). La coutume était bien éloignée de la tendance ancienne, si prompte à admettre la solution communautaire. De cette antique tendance qui avait engendré de si larges institutions, elle n'avait retenu qu'un expédient pour assurer la liquidation correcte de la communauté conjugale qui, née du mariage et à cause du mariage, ne devait pas, normalement, lui survivre.

(1) Bourjon, I, p. 678, n° 31, atteste comme pratique constante du Châtelet l'exclusion de la communauté avec les collatéraux, même mineurs.

(2) Bourjon, I, p. 674, n° 8, nous dit qu'au Châtelet on les admettait à la preuve *par commune fame et renommée*.

CHAPITRE IV

Le douaire de la veuve

Le douaire est un droit personnel et viager accordé à la femme survivante sur les biens propres de son mari défunt ; à la différence de son droit dans la compagnie conjugale, c'est un gain de survie, subordonné au prédécès du mari et intransmissible à ses héritiers (1). Il est vrai que les enfants du mariage jouissent, sur les mêmes biens, d'un droit propre que l'on appelle le douaire des enfants ; mais cette institution ne se rattache pas au droit des gens mariés ; c'est une institution du droit successoral, qui produit le double effet d'entraver le droit de disposition du père et d'organiser une curieuse succession par lits de ses biens, en cas de remariage. Ce n'est donc pas le lieu d'étudier ici ce douaire des enfants, différencié dès le ^{xiii}^e siècle (2).

Le douaire est l'unique gain de survie que connaisse le droit parisien. Il a toujours ignoré le droit d'usufruit appartenant au conjoint survivant sur tous les biens du ménage dans la région lorraine et dans certaines coutumes du nord de la France (3). Il ignore également ce gain de survie reconnu au mari sur les propres de la femme, sous le nom de « courtoisie d'Angleterre », et qui a existé en France dans certaines coutumes de l'Ouest ayant subi l'influence anglaise (4).

Le douaire, tel que l'organise le droit parisien, est d'ailleurs de beaucoup le gain de survie le plus répandu dans la France cou-

(1) Sur le douaire, v. Brissaud, pp. 1655-1667 ; Viollet, p. 776 et s. ; Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 465-519 ; Julius Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge des ostgermanischen Rechte*, t. III, 2^e partie, Innsbruck, 1898, nos 813-816. L'exposé de Ficker ne se réfère qu'au douaire des coutumes, qu'il qualifie de franques-occidentales, c'est-à-dire des coutumes d'une région assez étendue dont Paris est le centre.

(2) V. *infra*, c. VI.

(3) Sur ce gain de survie très étendu qui, dans certaines coutumes comme Chaumont-en-Bassigny, a été finalement ramené au douaire parisien, voir Ficker, *loc. cit.*, nos 629, 784, 816, 1369-70.

(4) Cependant, à en croire Boutillier, *Somme rural*, I, 45, p. 326, la courtoisie d'Angleterre existerait dans les coutumes de la vicomté de Paris, d'Orléans, d'Anjou et de Touraine. Ce texte vient sûrement des *Et. de Saint-Louis*, I, 13 et 119, arbitrairement généralisés par Boutillier qui est, d'ail-

tumière et c'est une des institutions les plus importantes de notre droit coutumier. Il est certainement bien antérieur à l'établissement de la communauté conjugale et ses origines sont moins mystérieuses. Il a trouvé des précédents connus dans la *donatio ante nuptias* du Bas-Empire romain et dans la *dos ex marito* du droit germanique (1). Mais son évolution a subi de multiples influences.

Ce n'est malheureusement pas avec des textes d'origine parisienne qu'il est possible de la jalonner ; on chercherait en vain, dans notre région, une série d'actes du haut moyen-âge analogue aux chartes de l'abbaye de Cluny pour la région bourguignonne. Nous ne possédons que de rares et brèves allusions au douaire dans des chartes du ^{xii}e siècle. Au début de ce siècle, un certain Constance donne tous ses biens à Saint-Martin des Champs, en les réservant à son frère Garnier, sa vie durant ; il prend soin de stipuler que son frère ne pourra en rien les diminuer pour le douaire de sa femme, *in dotem uxoris*, mais qu'il devra les transmettre intégralement à Saint-Martin à son décès (2). Peu après, la veuve d'un serf de Saint-Germain des Prés, qui a engagé tous ses biens moyennant dix livres, obtient encore huit livres sur les mêmes biens, en renonçant à tous les droits qu'elle y peut prétendre, même à titre de douaire, *nichil sibi, nec etiam dotem, retinens* (3). En 1172-1173, Adam de Brie et sa femme Emeline donnent à leur fils Thibaud, tout en s'en réservant l'usufruit, divers biens sis à Paris et aux environs ; il est entendu que le douaire de Pétronille, femme de Thibaud, portera sur tous ces biens, sauf sur la grange de Bercy, et tous les intéressés s'accordent pour faire effectuer par les seigneurs les ensaisinements qui réaliseront leurs arrangements de famille (4).

Un peu plus tard, vers la fin du siècle, apparaissent, je l'ai déjà indiqué, les interventions de la femme dans les aliénations de propres de son mari, expressément basées sur son droit au douaire (5).

leurs, coutumier d'erreurs de ce genre. V. Viollet, *Et. de Saint-Louis*, t. I, p. 351. — Sur ce droit de survie, subordonné à l'existence d'un enfant du mariage *ayant crié et brait*, v., outre les textes cités des *Etablissements*, *Comp. de usibus*, §§ 19 et 34 ; *Cout. glosée*, 5, et l'étude d'H. Brunner, *Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht*, dans la *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt.*, t. 16, p. 79 et s.

(1) Sur cette question des origines, v. Lefebvre, *Introduction générale*, pp. 223-233 et pp. 418-429.

(2) *Liber test.*, p. 29 = *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 133 (vers 1110).

(3) *Chartes de Saint-Germain des Prés*, n° 100 (1116-1145).

(4) *Chartes de Saint-Martin des Champs*, n° 414 = *Cart. de Paris*, n° 505 (1172-1173).

(5) Cf. *suprà*, p. 163.

Ces interventions deviennent courantes au XIII^e siècle (1) et continuent, avec une justification plus précise, une pratique fort ancienne. Ainsi, en 1208, une femme approuve un échange passé par son mari et renonce à son douaire sur la chose échangée (2). En 1233, deux époux vendent des cens à l'abbaye de Saint-Spire et la femme renonce librement, avec serment, à tous les droits qu'elle pouvait avoir sur ces biens *ratione dotalii sive alio modo* (3). La même formule, à peu près, est insérée dans une vente de dîmes en faveur de l'abbaye des Vaux de Cernay, passée devant l'official en 1235 (4). Elle tend dès cette époque à devenir de style, car une aliénation des propres du mari sans l'assentiment de la femme exposerait l'acquéreur à se voir opposer son douaire ; ainsi, en 1248, un certain Raoul a donné une terre aux moines des Vaux de Cernay sans l'intervention de sa femme ; il est stipulé que si cette dernière évince les moines, ils auront une compensation sur les conquêts du donateur (5).

Dès cette époque, et probablement bien avant, le douaire est devenu pour la femme un avantage purement viager (6) et dont la quotité était sans doute fixée par la coutume, à défaut d'une convention expresse lors du mariage. Il n'y a aucune trace qu'en droit parisien une liaison ait été établie entre le douaire de la femme et la dot immobilière qu'elle avait apportée en mariage (7). Il ne semble pas davantage qu'une distinction ait été faite entre le douaire des nobles et celui des roturières, par suite de quelque difficulté opposée par les seigneurs à son extension sur les fiefs de leur vassal. Il est possible seulement qu'il y ait eu quelque hésitation quant à la quotité à admettre en définitive, lorsque le douaire se fut fixé sur les propres du mari (8). L'établissement de Philippe-Auguste de 1214, auquel Beaumanoir et Pierre de Fon-

(1) V. à titre d'exemples, *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 296 (1200), p. 85 (1205) ; II, p. 13 (1201) ; de Manneville, *P. J.*, p. 106 (1211), pp. 129 et 133 (1219) ; *Arch. de l'H.-D.*, n^{os} 263 et 265 (1230).

(2) *Cart. de la Roche*, n^o 44 (1208).

(3) *Cart. de Saint-Spire*, pp. 72-73.

(4) *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 350 ; cf. n^o 555 bis (1255), pour la région de Chartres.

(5) *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 466 : *in bonis ipsius Radulphi de conquestu suo moventibus*.

(6) *Cart. de N.-D. de Paris*, I, p. 94 (1214) : *in dotalicium quamdiu vixerit* ; *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 274 (1226) ; n^{os} 492-493, 504 (1250).

(7) En Anjou, la femme noble n'avait droit au douaire que si elle était *hoir de terre* : *Et. de Saint-Louis*, I, 15, et les autres textes cités par Viollet, *Et. de Saint-Louis*, III, p. 267.

(8) D'après un acte de 1226, *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 274, Pierre de Maule lègue aux moines 40 sous de terre *super quintum terre sue quam jure dotalicii possidet Avelina uxor ejus*. Je crois qu'on ne peut conclure de cet acte que le douaire portait seulement sur le quint des propres.

taines donnent une portée qui ne concorde guère avec ce que nous pouvons savoir de la vertu obligatoire de la législation royale à cette époque (1), se réfère peut-être à des difficultés ou hésitations de ce genre, nées entre les barons du domaine royal (2).

En tout cas, il est infiniment probable que, dès le milieu du xiii^e siècle, le douaire a atteint son organisation définitive, dans la région parisienne comme ailleurs. Mais c'est surtout avec des textes de la fin du xiv^e siècle qu'il me sera possible de la décrire.

§ 1. — LE DOUAIRE AU MOYEN-ÂGE

Il est assez surprenant que les manuscrits en quatre livres du *Grand Coutumier*, ne contiennent pas un chapitre consacré au douaire. Cette lacune a été comblée par le manuscrit Vatican 4790 (3), ainsi que par les manuscrits contenant le *Style du Châtelet* (4). La définition que donne le premier de ces textes souligne le caractère viager du douaire qui porte, *au commencement du mariage*, sur les biens propres du mari (5).

Le droit au douaire, comme droit en expectative, s'ouvre dès le début du mariage, bien que le droit de jouissance de la femme ne s'exerce qu'au décès du mari. Et, pour préciser, ce n'est pas la bénédiction nuptiale qui ouvre ce droit au douaire ; il faut ici répéter avec Loisel : *au coucher, la femme gagne son douaire* (6). C'est ici, comme en matière de communauté conjugale, une suite du réalisme canonique ; mais, à la fin du xiv^e siècle, la pratique parisienne interprète l'adage à la lettre ; elle n'exige pas la consommation ; il suffit que la femme ait *geu... ou lit de mariage...*, puis qu'elle a ainsi fait son devoir, si a elle gagné son douaire (7).

(1) *Cout. de Beauvoisis*, n° 445 ; cf. Loisel, *Inst. cout.*, I, 1, 1 ; *Cons. à un ami*, 21, 45. — Cependant, Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 498-499, ne voit pas de raisons de mettre en doute les témoignages concordants de ces deux auteurs.

(2) On pourrait ainsi le rapprocher de l'ordonnance de 1209 supprimant le parage et de l'acte de 1235 fixant les modalités du relief en Vexin français : t. I, p. 235, n. 2, et p. 290, n. 3. — Brissaud, pp. 1660-1661, semble incliner vers cette solution.

(3) F. 20.

(4) Le ms. fr. 4369, f°s 185-190, intitule le c. *de douaire* ; les mss. fr. 18099, f°s 125 et s., et 18419, f°s 99 et s., et le ms. Arsenal 2466, f°s 94 et s., l'intitulent *de douaires tant en censive comme en fief*.

(5) Voici cette définition : *on appelle douaire l'eritage que l'omme donne a sa femme au commencement du mariage ad ce que quant il sera trespasé se sa femme le survit cellui heritage soit usufruitairement a elle tant qu'elle vivra et après le trespasement d'elle il retourne aux plus prochains héritiers du deffunt du costé et ligne dont l'eritage lui estoit venu*.

(6) *Inst. cout.*, I, 3, 5 ; la *compagnie charnelle* est aussi formellement exigée par Beaumanoir, n° 460.

(7) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99 v° ; cf. *Aliqua...*, n° 15.

Le douaire peut être conventionnel ou coutumier, le second n'existant qu'à défaut du premier (1). Le douaire conventionnel, que les textes appellent exprès ou préfix (2), résulte d'un arrangement qui doit être antérieur au mariage, sous peine d'être annulé comme contrat prohibé entre époux (3). Il semble que ces constitutions de douaire ont été fréquentes dans la pratique parisienne, au moins chez les nobles ou les bourgeois aisés (4); le douaire pouvait d'ailleurs être constitué par le mari lui-même, lorsqu'il avait des biens, ou par ses père et mère (5). Quand le douaire était nommément assigné sur l'un des biens du mari, ses autres propres s'en trouvaient par là même affranchis et sa liberté d'action, à l'égard de ces propres, n'était plus entravée par le droit au douaire. Il arrivait assez souvent aussi qu'une rente était promise à titre de douaire (6): pendant le mariage, elle grevait l'ensemble du patrimoine du mari; le mari pouvait lui donner une assiette convenable (7), c'est-à-dire l'assigner sur un immeuble d'un revenu suffisant pour en assurer le service et, en cas de négligence, la femme autorisée de justice avait le droit de réclamer cette assiette qui, selon les usages de la ville, devait se faire *entre les quatre portes de Paris* (8). Le douaire pouvait aussi consister en une somme d'argent promise soit en toute propriété, soit en jouissance seulement. Dans le second cas, la somme était remise aux parents de la femme pour la convertir en immeubles ou en rentes (9). En tout cas, cette promesse d'argent à titre de

(1) *Olim*, III, p. 1193, n° III (1317).

(2) On trouve aussi l'expression *douaire motifz*: *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 100 v°; cf. déjà *Const. du Châtelet*, § 26.

(3) *Gr. Cout.*, p. 321 = *Aliqua...*, n° 15; *Ps. des Marès*, 219; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99. — D'autre part, la femme n'est pas obligée de se contenter de la jouissance d'une terre qui lui est attribuée à titre de douaire par le testament de son mari, même si elle est exécutrice de ce testament: elle peut toujours demander son douaire coutumier *selon la coutume de France*: Arch. nat., X^{1e} 16, n° 183 (1^{er} sept. 1366).

(4) Exemple de 1393 dans *Glanes de dr. parisien*, n° 5; dans un contrat de mariage de 1466, *ibidem*, n° 14, le mari se borne à promettre un douaire *aux us et costumes de France*.

(5) Exemple de douaire constitué par la mère du mari dans *Olim*, III, p. 550, n° XLV (1310).

(6) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 100.

(7) Le *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99 v°, précise les règles de l'assiette du douaire en terre. — Le 15 juillet 1343, d'après Arch. nat., X^{1a} 9, f° 474 v°, les jurés-maçons et charpentiers de la ville de Paris délivrent une cédule appréciant à 1.200 l. de monnaie faible en capital un douaire de 60 l. au profit d'une veuve de 30 à 36 ans: cette appréciation se réfère sans doute à quelque opération d'assiette.

(8) *Sent. du Châtelet*, n° 172 (13 juillet 1396).

(9) *Glanes de dr. parisien*, n° 5 (1393); dans des conventions de mariage mentionnées aux *Sent. du Châtelet*, n° 126 (1402), le mari a promis d'affecter une certaine somme à l'achat d'un immeuble sur lequel la femme prendra son douaire.

douaire n'était jamais considérée comme une dette de communauté et devait être intégralement payée par ses héritiers sur sa part dans la communauté ou sur ses biens propres (1).

Le douaire conventionnel était laissé, en principe, à la libre discussion des parties; la coutume ne fixait aucun minimum et il ne semble pas que, dans la région parisienne, à moins d'une convention expresse, la femme ait eu le droit de renoncer au douaire préfix pour s'en tenir au coutumier (2). Inversement le douaire préfix pouvait-il excéder le douaire coutumier? Il est probable que non, primitivement, (3) et cette impossibilité subsistait encore entre nobles dans le seconde moitié du ^{xiv}^e siècle (4). Mais, en définitive (5), il semble bien qu'aucune limite ne fut assignée au douaire préfix autre que le vaillant du mari: on se borna à exiger des plèges s'engageant à fournir et faire valoir lorsque le douaire exprès dépassait le coutumier (6).

A défaut de douaire exprès, la femme avait droit au douaire coutumier (7), selon la quotité fixée par Philippe-Auguste: il portait sur la moitié des propres du mari au jour du mariage, ce qui s'entend non seulement des propres de succession, mais aussi des propres de communauté et, par suite, des acquêts immobiliers du mari avant le mariage (8). Cette quotité de moitié était la plus répandue dans la France coutumière (9), sauf dans certaines provinces de l'Ouest où la quotité du tiers prévalait, tantôt d'une

(1) *Aliqua...*, n° 17, reproduit par *Gr. Cout.*, p. 321, et longuement développé par *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99.

(2) Un arrêt de 1317, *Olim*, III, p. 1193, n° III, semble bien indiquer qu'en cas de douaire préfix, on ne peut réclamer de douaire coutumier.

(3) Dans un accord du 27 août 1354, Arch. nat., X^{te} 8, n° 209, la délivrance du douaire de sa mère est promise à un enfant douairier *au cas où il ne serait excessif par la coutume et, se il avait esté promiz excessif, le dit messire Pierre promet a asseoir et bailler le douaire coutumier*; d'autre part, en 1360, le Parlement accorde seulement le douaire coutumier à la veuve d'un criminel: *Glans de dr. parisien*, 3.

(4) Cela résulte de la combinaison de *Cout. not.*, 59, et de *Ps. des Marès*, 218.

(5) Certains coutumiers cherchèrent à généraliser la règle admise pour les nobles; ms. fr. 1076, f° 20, complétant *Ps. Cout. de Charles VII*, p. 40; mais cette tentative semble avoir échoué.

(6) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 20; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99 v°, qui attribue cette décision à *M^e Jehan Filleul*. Le *Ps. des Marès*, 137, se borne à dire que le douaire ne peut dépasser le vaillant du mari.

(7) *Glans de dr. parisien*, n° 8, § 9 (1458).

(8) *Cout. not.*, 51; *Ps. des Marès*, 175, 215-216; *Ps. cout. de Charles VII*, p. 40; *Aliqua...*, 15; *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 20; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99 v°; spécialement en ce qui concerne les acquêts du mari antérieurs au mariage, v. *Olim*, III, p. 128, n° XXI (1304), et Arch. nat., X^{la} 5, f° 230 v° (28 juillet 1322) = Boutarie, n° 6888; f° 485 v° (10 février 1327) = Boutarie, n° 7918.

(9) V. pour le Beauvaisis, Beaumanoir, n° 430, et pour l'Orléanais, *Jostice et Plet*, 10, 21, 1.

manière générale, tantôt pour les femmes nobles seulement (1). A Paris, aucune distinction n'était faite entre les nobles et les roturières : toutefois, la veuve noble pouvait réclamer en plus le principal manoir (2).

Le douaire coutumier portait, en outre, sur la moitié des héritages venus au mari de ligne directe pendant le mariage, soit par succession, soit par donation en avancement d'hoirie ; cela est établi pour le XIII^e siècle par un arrêt du Parlement et par une décision du Parloir aux Bourgeois (3). Mais, vers le milieu du XIV^e siècle, des difficultés s'élevèrent à cet égard (4) et nous savons, par les bons manuscrits du *Grand Coutumier*, que, dans la seconde moitié du XIV^e siècle, certains coutumiers soutenaient que le douaire de la femme ne portait pas sur les biens advenus au mari pendant le mariage, même en ligne directe (5). Cependant l'opinion contraire, soutenue par Eudes de Sens, triomphait dans la pratique parisienne à la fin du XIV^e siècle et n'était plus contestée au XV^e (6). C'était la solution adoptée par la plupart des coutumes voisines (7) : la veuve jouissait de son douaire sur les immeubles possédés par son mari au jour du mariage et sur ceux qu'il avait reçus de ses ascendants, selon les espérances qu'il pouvait légitimement concevoir. Mais le mari devait être en possession de ces biens ; la coutume de Paris ne suivit pas certaines coutumes de l'Ouest, qui grevaient du douaire les biens de l'ascen-

(1) En Normandie, le douaire est du tiers sans distinction : *T. A. Coutume*, 3, 1 ; *Summa de legibus*, 10, 3 ; en Anjou, il est du tiers pour les nobles et de la moitié pour les roturières : *Et. de Saint-Louis*, I, 14 et 137.

(2) En 1310, on hésitait encore sur ce point, selon la coutume de la vicomté de Paris : *Olim*, III, p. 593, n° LXXXV ; il était avéré en Vexin depuis 1272 : *Collection du Vexin*, 15, f° 49, n° 1080. Il n'y avait plus aucun doute à la fin du XIV^e siècle : *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 20. — Ce droit était d'ailleurs très répandu : Beaumanoir, n°s 439 et 454 ; *Anc. cout. de Champagne*, c. 12 ; *Jostice et Plet*, 10, 21, 3 ; *Notes d'audiences*, n° 37, pour le Vermandois.

(3) *Olim*, I, p. 735, n° XXIX (1268) ; *Sent. du Parloir aux Bourgeois*, p. 124 ; cf. ms. fr. 5900, f° 31 v°.

(4) Arch. nat., Y 5221, f° 48 v° (5 juillet 1343) : la veuve de Jean du Moulin réclame son douaire sur la moitié d'une maison qu'il possédait au jour de son mariage et sur la moitié d'une rente acquise par ses parents sur ladite maison et à lui dévolue par la suite en succession. Elle s'appuie sur la coutume notoire de la ville de Paris, mais cette coutume est contestée par les héritiers du mari, qui invoquent en outre que la rente est éteinte par confusion. La décision du Parlement n'est pas nette.

(5) *Gr. Cout.*, p. 322 ; ms. fr. 10816, f°s 223 v°-224 ; cf. Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 2.

(6) Arch. nat., Y 5221, f° 48 v° (16 décembre 1398), décision du Châtelet homologuant un accord relatif à un douaire : la veuve réclamait, sans contradiction, la moitié des propres du mari au jour du mariage et de ceux à lui venus et escheuz en ligne directe durant leur mariage. Pour le XV^e siècle, *Glanes de dr. parisien*, n° 9, § 2.

(7) V., par exemple, Beaumanoir, n° 446.

dant, même mort après le mari, à condition, il est vrai, qu'il ait consenti au mariage (1). D'autre part, le douaire coutumier ne s'étend pas aux échoites, c'est-à-dire aux immeubles venus de ligne collatérale pendant le mariage (2); nous savons, en effet, que sur ces biens, considérés comme conquêts de communauté, la femme avait une part en toute propriété (3).

Le calcul du douaire coutumier de la seconde femme est profondément affecté par l'existence du douaire des enfants qui, nous le verrons, frappe d'une indisponibilité définitive les biens grevés du douaire de la première femme, même lorsqu'elle meurt avant son mari. Les règles de calcul restent les mêmes seulement dans le cas où il n'y a pas eu d'enfants du premier lit, ou s'ils sont tous morts avant le remariage de leur père. Mais, s'il y a lieu au douaire des enfants, le douaire de la seconde femme ne se calcule que sur les biens du mari restés libres, c'est-à-dire sur la seconde moitié des propres du mari antérieurs au premier mariage ou qui lui sont venus de ligne directe pendant ce mariage, soit le quart du patrimoine propre du mari. Mais il portera en outre sur la part du mari dans la première communauté dissoute, conquêts qui deviennent propres eu égard à la seconde communauté (4). Le calcul serait le même dans l'hypothèse d'un troisième mariage; dans ce cas, le douaire serait d'un huitième du patrimoine propre primitif du mari, du quart de la part du mari dans les conquêts de la première communauté, et de la moitié de sa part dans les conquêts de la seconde.

Dès le début du mariage, le droit éventuel de la femme à son douaire est né, mais elle n'en jouit pas le mariage durant; le mari conserve la propriété et la jouissance des biens qui sont grevés du douaire. Les fruits de ces biens tombent en communauté et, théoriquement, le mari conserve le droit d'en disposer: les principes de la communauté conjugale et de l'autorité maritale ont conduit tout naturellement à ces conséquences (5). Mais tout acte de

(1) Il en était ainsi en Normandie, Anjou, Maine, Touraine et Poitou; v. les textes cités par Ficker, *loc. laud.*, n° 815.

(2) On pourrait déjà interpréter en ce sens un texte du début du XII^e siècle, *Liber test.*, p. 29; *Olim*, I, p. 735, n° XXIX (1268); *Ps. des Marès*, 175; *Notables Points*, 50; Arch. nat., X^{1a} 1472, f° 281 v° (12 juin 1385) qui oppose à cet égard la coutume de Bourgogne à la coutume de la vicomté de Paris, dans l'affaire visée dans *Notes d'audiences*, n° 112; *Glanes de dr. parisien*, n° 8, § 11, et n° 9, § 3. — Même règle en Beauvaisis, d'après Beaumanoir, nos 446-447.

(3) V. *suprà*, pp. 187-188.

(4) *Const. du Châtelet*, § 26; *Gr. Cout.*, pp. 300-301 = *des fiez a l'usage de France*, § 30. — Les autres textes seront cités à propos du douaire des enfants, qui est exactement calqué sur celui de la mère.

(5) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99 v° *in fine*; ce texte fait observer

disposition consenti par le mari est inopérant en ce qui concerne le douaire de la femme (1). La femme survivante pourra réclamer son douaire sur ces biens aliénés lorsque la dissolution du mariage aura fait de son douaire un droit actuel, susceptible d'être positivement invoqué (2). C'est dire qu'en pratique, toute aliénation de propre du mari est impossible sans l'intervention de la femme, qui renonce expressément à invoquer son douaire sur le bien en question ; ainsi appelée à concourir à toute aliénation, la femme peut exiger une compensation pour sauvegarder ses droits (3), mais elle peut aussi les sacrifier sans retour, par exemple en cas d'urgente nécessité pour la subsistance actuelle du ménage, tout comme elle peut sacrifier sa dot même, sans que le droit coutumier ait jamais songé à y voir une intercession prohibée aux termes du droit romain. D'autre part, si le mari a grevé de dettes son patrimoine propre et se trouve exposé à une exécution forcée, la femme peut s'opposer aux criées pour la sauvegarde de son douaire, et les biens seront adjugés grevés de ce douaire comme ils l'étaient dans le patrimoine du mari (4).

Ces principes jouaient pleinement lorsque la femme, à défaut d'un douaire préfix, invoquait son douaire coutumier : ce douaire portait à concurrence de moitié sur chacun des éléments du patrimoine propre du mari, comme un droit éventuel, sans doute susceptible de disparaître par le prédécès de la femme, mais susceptible aussi de devenir actuel par le prédécès du mari et s'exerçant dans ce cas sans aucune considération des droits antérieurement concédés par le mari. Dans l'hypothèse d'un douaire préfix, les droits de la femme pouvaient être à la fois plus précis et plus limités : si le douaire de la femme était assis sur des biens déterminés, le mari n'en pouvait naturellement pas disposer sans l'agrément de sa femme (5), mais le reste de son patrimoine propre était tout à fait libre ; et c'était là le grand avantage, pour le mari, d'un douaire préfix et dûment assigné ; si le douaire

que la femme et les enfants peuvent disparaître avant le mari et que, dans ce cas, rien n'entravera son droit de disposition.

(1) *Olim*, I, p. 735, n° XXIX (1268), *ad usus et consuetudines Francie*.

(2) *Sent. du Châtelet*, n° 174 (1454).

(3) *Olim*, II, p. 223, n° VI (1283) : une femme, malgré la contradiction des héritiers, obtient 50 livrées de terre à elle données par son mari *in recompensationem* de son douaire aliéné.

(4) *Sent. du Châtelet*, n° 177 (1399).

(5) *Arch. nat.*, X^{1a} 6 f° 192 v° (1^{er} juin 1331) = Furgeot, n° 410 ; cet arrêt vise le douaire des enfants, car la douairière est morte, mais les principes posés seraient également valables pour le douaire de la veuve. — Il convient d'ailleurs d'observer que le douaire des enfants produisant des effets encore plus importants, c'est à lui surtout que se réfère l'exposition des textes parisiens du XIV^e siècle.

exprès consistait en une rente, cette rente, jusqu'à son assignation, grevait hypothécairement l'ensemble du patrimoine propre du mari et jouait ainsi le rôle du douaire coutumier (1). Notre ancien droit n'avait aucune répugnance à admettre la coexistence sur la même chose de droits réels d'une signification différente (2) : pratiquement, le concours des intéressés à l'acte de disposition rassurera les tiers et permettra à chacun de sauvegarder son droit. Notre ancienne technique ne poursuit nullement la libération du propriétaire et l'affirmation de son autonomie ; la complexité des intérêts en jeu se traduira par la nécessité d'une collaboration lorsqu'il en faudra venir à l'extrémité d'une aliénation. Nous constaterons mieux encore cette indifférence aux complications quand, aux droits du mari et de la douairière éventuelle, nous verrons se superposer et s'enchevêtrer le douaire des enfants.

Le droit au douaire, après avoir ainsi singulièrement relevé la situation juridique de la femme pendant le mariage, devient actuel à la mort du mari. C'est un gain de survie ; il ne s'ouvre donc pas dans l'hypothèse d'une séparation de corps prononcée par l'official (3) ; il ne s'ouvre pas davantage en cas de bannissement du mari ; la femme, dans ce cas, peut seulement, nous l'avons vu, obtenir une provision sur le revenu de ses propres momentanément confisqués (4). Elle devra attendre la mort naturelle de son mari pour exiger son douaire. Mais, si son mari est condamné à mort et exécuté, la confiscation n'empêchera nullement la femme d'obtenir son douaire ; son droit est opposable au seigneur confisquant comme aux héritiers et créanciers de son mari (5). La femme ne serait déchuë de son douaire, d'après les textes parisiens, que pour adultère, dûment établi en cour d'Eglise, pendant un procès en séparation de corps (6). Mais elle peut y renoncer de son plein gré, dans l'intérêt de ses enfants ou pour tout autre motif (7).

Les textes parisiens révèlent quelques flottements sur la question de savoir comment la femme survivante était mise en pos-

(1) *Sent. du Châtelet*, n° 172 (1396).

(2) V. sur ce point les observations de Robert Caillemer, *Quelques observations sur l'histoire du douaire des enfants*, dans *Mélanges Appleton*, 1903, p. 149 et s.

(3) *Aliqua...*, 12.

(4) *Glanes de dr. parisien*, n° 2 (1370) ; cf. *suprà*, pp. 194-195.

(5) *Ibidem*, n° 3 (1360) ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99 v° *in fine*, *Aliqua...*, 11.

(6) *Aliqua...*, 18 ; *Notables Points*, 45, reproduit par le *Gr. Cout.*, p. 322.

(7) Exemple de 1407 : *Sent. du Châtelet*, n° 176 ; la femme renonce parce que l'héritage affecté à son douaire est surchargé de rentes.

session de son douaire. Un certain nombre de textes affirment que le douaire coutumier saisit, à la différence du douaire exprès (1) ; il est bien probable que cette saisine de la douairière avait la même vertu que la saisine de l'héritier (2) ; elle donnait à la douairière, en principe, le droit d'intenter la complainte en cas de nouvelleté contre tous ceux qui détiendraient les immeubles soumis au douaire (3) ; mais certains textes déclarent que la douairière ne doit pas se bouter d'elle-même dans son douaire coutumier, qu'elle doit agir contre l'héritier du mari (4) ; de fait, nous possédons un exemple d'action en délivrance dirigée contre les héritiers du mari. Peut-être a-t-on cherché à distinguer : la douairière serait saisie à l'égard de tous, sauf à l'égard des héritiers du mari ; mais ce sont là surtout des scrupules doctrinaux et la pratique n'hésitait pas à reconnaître la saisine de la douairière douée par la coutume (5).

De même, les revenus du douaire coutumier appartenait à la veuve du jour du décès du mari, alors que les arrérages du douaire préfix n'étaient dûs qu'à dater du jour de la demande en justice (6). C'est un avantage notable en faveur du douaire coutumier, mais la douairière bénéficiant du douaire exprès jouit, pour le réclamer, d'une action hypothécaire (7).

Le douaire doit être délivré en bon état par les héritiers du mari qui en sont propriétaires (8) ; ils doivent de même payer au seigneur, s'il y a lieu, le rachat dû pour la mutation résultant du décès, ainsi que les services normaux du fief. Il ne semble pas que la douairière, dont le droit est viager, doive une finance quelconque ; on lui impose seulement l'hommage à la fin du xiv^e

(1) *Ps. cout. de Chartes VII*, p. 40 ; *Ps. des Marès*, 216 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^{os} 99 v^o et 101 ; *Notes d'audiences*, n^o 43.

(2) Les *Ps. cout. de Chartes VII*, p. 40, sont particulièrement nettes à cet égard ; cf. *Gr. Cout.*, ms. Rouen 804, f^o 137.

(3) V., outre les textes du *Style du Châtelet* cités *suprà*, le *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 20.

(4) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 20 : *item se une femme, après la mort de son mary, se boute en son douaire senz qu'il lui soit baillié par les hoirs ou autres a qui il touche, et elle en joyst, la saisine n'est mie fondée de bon tiltre car il esconvient que la femme preigne son douaire et qui lui soit baillié par la main de l'eritier de son feu mary.* — Il serait arbitraire de restreindre ce texte au douaire exprès. D'ailleurs, l'*Ordre de plaidoyer*, ms. fr. 19832, f^o 36, refuse la saisine à la douairière et lui donne seulement une action contre l'héritier.

(5) *Sent. du Châtelet*, n^o 175 (1402).

(6) *Aliqua...*, 12 et 14 ; *Notables Points*, 23 ; *Gr. Cout.*, p. 324 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 101.

(7) *Sent. du Châtelet*, n^o 173 (1395) ; le ms. Rouen 804 du *Gr. Cout.*, f^o 137 v^o, lui permet même de procéder par voie d'exécution, ce qui est singulier.

(8) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 20.

siècle (1). La douairière jouit de tous les droits honorifiques ou lucratifs attachés à son douaire (2). Son droit était peut-être, à l'époque la plus ancienne, considéré comme un droit de propriété à temps ; mais, au ^{xiv}^e siècle, on l'a ramené, sans hésiter, aux catégories romaines qui sont familières aux praticiens et aux juges. Des textes très clairs qualifient son droit d'usufruit (3), c'est-à-dire qu'elle n'a droit qu'aux fruits et produits périodiques sans pouvoir porter atteinte au fond des héritages. Les fruits naturels lui sont acquis par la perception, et les fruits civils au prorata de la durée de sa jouissance (4) ; elle ne peut jouir des produits périodiques, en coupant les bois ou en pêchant les étangs, qu'aux époques accoutumées (5). Les réparations d'entretien sont à sa charge, mais les grosses réparations incombent aux héritiers du mari (6). La douairière doit labourer les champs ou cultiver les vignes, selon l'usage (7). Faute de remplir ces diverses obligations, elle commettrait un abus ; la sanction primitive de l'abus de jouissance devait être la perte du douaire, prononcée sans doute par le juge ; mais, à la fin du ^{xiv}^e siècle, cette sanction n'était prononcée que dans les cas les plus graves : quand la femme, mise en demeure d'accomplir ses obligations, n'en avait rien fait dans l'année de la sommation (8).

En dehors de ce cas d'abus, le douaire ne prend fin qu'à la mort de la femme ; elle le conserve en cas de remariage (9), sauf à être obligée, dans ce cas, de faire l'inventaire de tous les biens demeurés du premier mariage (10). Par le décès de la douairière, la

(1) *Gr. Cout.*, *ibidem* ; cf. t. I, p. 265 et p. 294, n. 4.

(2) *Olim*, II, p. 76, n° XIV (1276) : la douairière jouit de toutes les attributions de justice sur le fief affecté à son douaire.

(3) *Ordre de plaidoyer*..., ms. fr. 19832, f° 36 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 99 v°.

(4) *Aliqua*..., 13 ; *Notables Points*, 120.

(5) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 101 v°.

(6) *Cout. not.*, 104 ; *Ps. des Marès*, 186 et 196 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 101 r° et v°.

(7) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f° 20.

(8) *Gr. Cout.*, *ibidem* ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 101 v° ; s'il ne s'agit pas d'un abus irréparable, l'héritier a droit simplement à des dommages-intérêts : *ibidem*, ms. fr. 4369, f° 189.

(9) Voyez déjà *Cart. des Vaux de Cernay*, n°s 504 et 512 (1250), qui nous montrent des veuves remariées en possession de leur douaire. La règle va de soi au ^{xiv}^e siècle, sans qu'on la formule expressément ; voyez par exemple *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 100.

(10) Voyez les écritures d'un procès plaidé au Parlement, en 1444, dans la collection Lenain 127 (Chambre des Députés, ms. 646, f°s 106 v°-111). On soutient que, selon la *coutume de Paris*, la veuve qui, dûment requise, n'a pas fait inventaire des biens est privée de son douaire. Cette coutume est contestée ; la douairière estime que l'inventaire n'est imposé qu'en cas de remariage, selon les dispositions de la coutume de Touraine. La décision du Parlement n'est pas donnée.

jouissance des biens grevés du douaire passe aux enfants douai-
riers ou aux héritiers du mari du côté de ces biens.

§ 2. — LE DOUAIRE D'APRÈS LES COUTUMES RÉDIGÉES

Les principes traditionnels ont été maintenus dans leur ensemble lors des rédactions du xvi^e siècle ; en 1510, le texte du projet de 1507 fut admis sans modification (1) et, en 1580, on se borna à ajouter quelques articles nouveaux visant principalement le douaire des enfants (2).

Le douaire reste un avantage viager appartenant à la femme survivante sur le patrimoine propre du mari ; les roturières en jouissent comme les nobles, qui ont perdu, à moins d'une convention expresse, le droit de jouir du principal manoir (3) ; la quotité du douaire est la même à Paris dans les deux cas, alors que certaines coutumes du ressort des anciennes *consuetudines Franciae* distinguent entre les roturières et les nobles pour avantager tantôt les unes et tantôt les autres (4). Il n'y a aucun lien dans la région parisienne, entre l'apport de la femme et son douaire (5) ; seules, les coutumes d'Anjou et de Touraine ont conservé la disposition traditionnelle privant de douaire coutumier la femme qui est *hoir principale de terre* (6).

Comme au moyen-âge, le douaire est conventionnel ou coutumier (7). Le douaire conventionnel est fixé, par les parties antérieurement à la célébration du mariage, et c'est une stipulation importante des conventions matrimoniales (8). La liberté des

(1) *Trav. préparatoires de l'A. C.*, art. 140-149.

(2) *Mss. de Simon Marion*, pp. 84-85. Le c. *des douaires* fut placé, en définitive, à sa place logique, après le c. *communauté de biens*, alors que l'A. C. l'avait bizarrement placé entre les deux chapitres consacrés aux successions.

(3) L'A. C. était muette à cet égard ; une disposition du premier projet accordant à la veuve la moitié du principal manoir, ne fut pas retenue lors de la réformation de 1580 : *Mss. de Simon Marion*, p. 84, art. 248. Les auteurs ne reconnaissaient à la veuve un droit spécial d'habitation qu'en cas de stipulation expresse : Ferrière, III, p. 661, n° 15 ; Bourjon, I, p. 785, nos 1 et s.

(4) Ainsi à Dourdan, alors que le douaire des nobles était conforme au douaire parisien, les roturières prenaient seulement dix livres en propriété à titre de douaire. Lors de la rédaction de 1556, art. 88, on donna aux roturières l'option entre ces dix livres et le douaire normal (*Procès-verbal*, B. de R., III, p. 138). — En Touraine, le douaire est du tiers pour les nobles et de moitié pour les roturières : A. C., 29, 1 ; 30, 2 ; N. C., 326 et 328. Au contraire, au Perche-Gouët, locale de Chartres, le douaire est du tiers pour les roturières et de moitié pour les nobles : Chartres, art. 52-54.

(5) Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 17.

(6) Anjou, 300 ; Touraine, A. C., 29, 9, abrogée en 1559 (B. de R., IV, p. 700).

(7) A. C., 135 ; N. C., 247.

(8) Exemples concrets de 1541, dans Coyecque, *Recueil d'actes notariés*, nos 1693 et 1737.

conjoints est très grande à cet égard, car la coutume ne fixe ni minimum ni maximum ; le douaire peut être aussi faible qu'il conviendra aux parties et, malgré l'esprit certain de l'institution et la désapprobation bien justifiée d'E. de Laurière (1), la doctrine admet même que la femme renonce à tout douaire par contrat de mariage (2). Le principe de la liberté des conventions matrimoniales, qui ne concordait nullement avec le droit coutumier primitif, conduisait à cette solution ; si les parties pouvaient fixer un douaire insignifiant, on aboutissait, par un détour, à la suppression du douaire ; mieux valait encore l'admettre franchement.

Dans la pratique, d'ailleurs, le danger n'était pas de ce côté ; les auteurs attestent que l'on avait tendance à exagérer les douaires plutôt qu'à les diminuer outre mesure : les fiancés se laissaient aller volontiers à des promesses excessives qui ne devaient gêner que leurs héritiers car, selon la remarque malicieuse de Loisel, *jamais mari ne paya douaire* (3). Or, le douaire conventionnel peut dépasser le douaire coutumier, sans que l'intervention de cautions soit nécessaire, comme au xiv^e siècle (4). E. de Laurière le regrette (5), comme il regrettait les exagérations en sens inverse, mais il est bien délicat de resserrer dans de justes limites un principe aussi séduisant que celui de la liberté des conventions matrimoniales. Du moins, la femme ne pouvait, sans stipulation expresse, renoncer au douaire préfix pour s'en tenir au douaire coutumier (6). Le douaire préfix peut toujours consister en une rente ou en une somme de deniers une fois payée ; dans le second cas, la femme n'en a que la jouissance et la somme elle-même doit revenir aux héritiers du mari (7) ; en tout cas, le douaire préfix n'est jamais considéré comme une dette de communauté ; il sera exclusivement perçu sur la part du mari ou sur ses propres (8).

(1) *Cout. de Paris*, II, p. 254.

(2) Bourjon, I, p. 720, n^o 4.

(3) *Inst. cout.*, I, III, 6 ; cf. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 517, n. 1.

(4) Ferrière, III, p. 661, n^{os} 12-13.

(5) Sur Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 4, qui rapportait, d'après son ms. du *Gr. Cout.*, l'opinion de Maître Jean Filleul, citée *suprà*, p. 271, n. 6, et *Cout. de Paris*, II, p. 253.

(6) A. C., 142 ; N. C., 261. Cpr. Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 12. Exemple d'option conventionnelle, dans Campardon et Tuetey, *Insinuations du Châtelet de Paris*, n^o 483 (25 février 1541). — La cout. de Meaux, art. 8, donnait cette option à la femme en dehors de toute réserve dans le contrat.

(7) A. C., 144, N. C., 263 ; *Inst. cout.*, I, III, 13.

(8) N. C., 260, article nouveau, proposé par le second projet, *Mss. de Simon Marion*, p. 85, mais conforme à la tradition.

A défaut de douaire préfix, la veuve aura droit au douaire coutumier, dont l'assiette et la quotité n'ont pas été modifiées ; il porte toujours sur la moitié des immeubles possédés par le mari antérieurement au mariage et la moitié des immeubles qui lui sont advenus, pendant le mariage, de ligne directe ascendante (1). Il n'est pas question des immeubles venus de succession collatérale, bien qu'ils aient cessé d'être des conquêts de communauté (2). La succession des ascendants a dû s'ouvrir pendant le mariage pour être grevée du douaire ; seules, les coutumes d'Anjou et de Touraine admettent une sorte d'affectation au douaire du patrimoine des ascendants, encore qu'ils survivent au mari (3).

La question de la déduction des dettes pour le calcul du douaire soulevait des difficultés ; la douairière subit les dettes réelles, comme les rentes qui sont la charge des immeubles (4) ; mais les dettes contractées par le mari pendant le mariage, même avec affectation hypothécaire, ne lui sont pas opposables. La controverse portait sur les dettes grevant la succession des ascendants et qui, en principe, devaient être supportées par les propres, les acquêts et les meubles, au prorata de leur importance respective ; il semblait injuste à certains auteurs d'attribuer à la veuve son douaire de moitié sur l'actif brut immobilier d'une succession qui pouvait être lourdement chargée de dettes (5) ; E. de Laurière invoquait l'adage romain que tout patrimoine se conçoit, déduction faite des dettes. Mais il oubliait que la jouissance de la douairière était viagère et pouvait être très brève, et il reconnaît que la pratique ne s'arrêtait pas à de tels scrupules (6).

L'existence du douaire des enfants influait, comme au xiv^e siècle, sur le calcul du douaire coutumier de la seconde ou de la troisième femme ; les règles sont restées les mêmes qu'au moyen-âge et la N. C. se borne à les exprimer dans le sens traditionnel, en précisant que, par la mort de tous les enfants du premier mariage, le douaire de la seconde femme ne se trouve en rien augmenté (7). Mais les rédacteurs ne s'aperçurent pas que ces

(1) A. C., 136 ; N. C., 248.

(2) Bourjon, I, p. 725, n^o 6.

(3) Touraine, A. C., 29, 6 ; N. C., 333 ; Anjou, 303. Cf. Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 3.

(4) Bourjon, I, p. 725, n^{os} 8 et s.

(5) V. les observations de Le Camus dans Ferrière, III, p. 745, n^{os} 18-19.

(6) *Cout. de Paris*, II, pp. 258-260 ; l'opinion de Bourjon, I, p. 726, n^o 12, est plus hésitante.

(7) N. C., art. 253-254 ; l'A. C. ne contenait rien à cet égard ; l'art. 253, dans les deux projets, précisait le mode de calcul du douaire de la troisième femme, ce qui fut jugé inutile lors de la rédaction : *Mss. de Simon Marion*, pp. 84-85.

règles étaient incompatibles à certains égards avec l'art. 279, qui réservait aux enfants du premier lit les conquêts réalisés pendant le mariage de leur mère, du moins à l'encontre de la seconde femme de leur père. Cette dévolution assez complexe sera exposée en son temps ; il suffit de relever ici que l'art. 279, qui était de coutume nouvelle, était préféré, par les commentateurs et par la jurisprudence du Châtelet, à l'art. 243 qui rappelait les principes traditionnels. Le douaire de la seconde femme ne pouvait donc être calculé sur la part des conquêts du premier mariage, qui devait nécessairement revenir aux enfants de ce mariage (1). D'autre part, le douaire préfix de la seconde femme devait être réduit au douaire coutumier ou, tout au moins, ne pas dépasser, selon le principe général, une part d'enfant le moins prenant (2).

Renonçant à l'ancien critérium réaliste encore admis par un certain nombre de coutumes (3), la coutume de Paris précise que le droit éventuel au douaire s'ouvre pour la femme le jour de la bénédiction nuptiale (4). Mais elle ne contient aucune disposition sur les effets de ce droit éventuel, jugés sans doute négligeables à côté des effets bien plus radicaux rattachés au douaire des enfants. Il est certain, d'ailleurs, que toutes les solutions traditionnelles présentant un intérêt pratique ont été conservées. Mais le droit au douaire n'est plus considéré comme un droit spécial portant sur le patrimoine propre du mari ; la douairière est créancière de son douaire et sa créance est protégée par une hypothèque générale sur le patrimoine de son mari, hypothèque qui n'est plus, au XIII^e siècle, qu'un cas d'application de l'hypothèque légale de la femme mariée (5). Il est probable que l'on est arrivé à cette solution en étendant au douaire coutumier l'hypothèque qui, dès le XIV^e siècle, garantissait le douaire conventionnel. En considérant les immeubles du mari comme grevés de cette hypo-

(1) Bourjon, I, p. 742, nos 117 et s. ; p. 762, n° 1 ; p. 764, nos 9 et s., qui se réfère à la jurisprudence du Châtelet.

(2) Bourjon, I, p. 763, n° 2, qui cite en ce sens un acte de notoriété du 1^{er} mars 1698.

(3) Melun, A. C., 81, réformée en 1560 dans le sens de Paris, N. C., 235 ; Clermont en B., A. C., 179 = N. C., 158 ; Chartres, 52 ; Normandie, 367.

(4) A. C., 136 = N. C., 248 ; cf. Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 5 ; Bourjon, I, p. 717, n° 1, constate que, par cette disposition, l'équité et les bienséances sont bien mieux conservées que dans la coutume de Normandie. — Sur l'interprétation du texte, v. E. de Laurière, *Cout. de Paris*, II, p. 256, et Ferrière, III, p. 724, nos 4 et s.

(5) L'existence de cette hypothèque n'est pas mise en doute par nos anciens auteurs qui en parlent comme allant de soi ; v., par exemple, Le Camus, dans Ferrière, III, p. 699, nos 4-6. Il y avait seulement des difficultés sur le rang de cette hypothèque, à côté de celles garantissant les autres créances de la femme.

thèque dès le jour du mariage, il était aisé de justifier les solutions traditionnelles. Dans la pratique, le mari ne pouvait aliéner ses propres sans le concours de la femme renonçant à son douaire ou à son hypothèque légale (1). De même, la femme pouvait s'opposer aux criées d'un héritage appartenant à son mari ; mais elle ne pouvait plus, à Paris, le faire adjuger à charge de son douaire, selon la technique ancienne, encore conservée en Anjou ; elle pouvait seulement se faire colloquer sur le prix à son rang et à concurrence de la somme à laquelle son douaire était estimé, tout comme un créancier hypothécaire ordinaire (2). Cette différence de technique n'avait guère de conséquences pratiques. On admettait, bien entendu, la suspension, pendant le mariage, de la prescription de l'action appartenant à la femme, pour la sauvegarde de son douaire ; on évitait ainsi, sans compromettre en rien les droits de la femme, des instances prématurées risquant de troubler la concorde désirable entre les conjoints (3).

Le droit au douaire ne s'ouvre actuellement, au profit de la femme survivante, que le jour de la mort naturelle du mari ; en cas de longue absence ou de mort civile du mari, on adjugeait à la femme, par commisération, une pension à peu près égale au douaire et, comme lui, protégée par une hypothèque, à dater de la célébration du mariage (4). La femme perdait son douaire en cas d'adultère prouvé ou d'abandon de son mari et, semble-t-il, dans tous les cas où la séparation de corps était prononcée à ses torts (5) ; la doctrine proposait d'ajouter à ces causes de déchéance une conduite indigne, ou même un remariage dans l'année du deuil (6).

L'A. C. maintenait la différence traditionnelle entre les deux douaires en décidant que le douaire coutumier saisissait et l'autre non (7). Mais, au cours du xvi^e siècle, la jurisprudence se modifia sur ce point et les commissaires réformateurs firent presque par-

(1) Exemple de renonciation au douaire, dans Coyecque, *Recueil d'actes notariés*, n° 1476 (1540).

(2) Voyez le commentaire d'E. de Laurière sur Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 8, qui exprime le droit de l'Anjou.

(3) Bourjon, I, p. 774, n°s 19 et s. ; il invoque l'usage inviolable du Châtelet où ces demandes sont fréquentes.

(4) Ricard, dans Ferrière, III, p. 835, qui cite en ce sens un arrêt du 27 janvier 1596 ; Bourjon, I, p. 716, n° 8.

(5) Ricard, *loc. cit.* ; Ferrière, III, p. 693, n°s 12 et s. Les art. 376 et 377 de la coutume de Normandie exigeaient la présence de la femme au lit de mort de son mari, à moins qu'elle n'ait eu cause raisonnable de l'abandonner.

(6) *Arrêts du P. P. de Lamoignon*, t. du douaire, n°s 47-53 ; Bourjon, I, p. 735, n°s 70 et p. 736, n° 72.

(7) Art. 140-141.

tout assimiler le douaire préfix au douaire coutumier en ce qui concerne la saisine (1). La N. C., art. 256, adopta la décision nouvelle (2). Le douaire désormais saisit sans distinction : la doctrine le considère comme une créance d'aliments qui ne doit pas être différée (3). La douairière peut, en conséquence, bien qu'elle n'ait aucune possession de fait, agir au possessoire contre toute personne qui détient les biens sujets au douaire. Elle n'est pas tenue d'agir en délivrance contre les héritiers du mari ; elle peut provoquer le partage à leur encontre si elle ne veut pas rester dans l'indivision. Enfin et surtout, elle a droit aux fruits ou aux arrérages du jour de la mort du mari et non pas seulement du jour de la demande en justice.

Le douaire coutumier portait sur les biens du mari, tels qu'ils se trouvaient au jour de son décès, sans devoir aucune compensation aux créanciers du mari qui avait fourni les fonds pour les améliorations faites pendant le mariage (4). Le douaire préfix, consistant en une somme d'argent ou une rente, était payé sur les propres du mari ou sur sa part dans la communauté (5). Au cas où les époux s'étaient fait don mutuel de l'usufruit des meubles et des conquêts, le douaire était perçu sur les propres du mari (6). S'il n'en avait pas, ou s'ils étaient insuffisants, la veuve pouvait vendre la nu-propriété de la part du mari dans les meubles et conquêts et se faire ainsi remplir de son douaire (7). Certains auteurs repoussaient cette solution en alléguant la théorie romaine qui excluait le concours de deux causes lucratives (8) et Loisel affirmait, un peu légèrement, que *jadis femme ne prenait point douaire sur ce où elle avoit don ou assignat* (9). La jurispru-

(1) Dourdan (1556), art. 90, qui exige la demande dans l'an et jour ; Montfort l'Amaury (1559), art. 141, où le *Procès-verbal* (B. de R., III, p. 150) atteste que c'est de coutume nouvelle ; Mantes et Meulan, N. C. (1556), art. 147 ; (cf. A. C., 14, 2) ; Sens, N. C. (1555), art. 167.

(2) Un certain nombre de coutumes ont conservé la distinction ancienne : Chartres (1508), art. 61-62 ; Meaux (1509), art. 9 ; Clermont en B., A. C., 182-183 ; N. C. (1539), 161 et 169 ; Senlis (1539), 184. — C'est donc entre 1539 et 1555 que le revirement à cet égard s'est effectué. Cf. Loisel, *Inst. cout.*, I, III, 10-11.

(3) Ferrière, III, p. 837 et s., qui développe les conséquences indiquées au texte.

(4) Ferrière, III, p. 839, n° 9.

(5) N. C., art. 260.

(6) N. C., 257, art. nouveau, proposé par le premier projet, alors que l'art. 260 l'avait été par le second.

(7) V. l'exposé de la discussion dans Ferrière, III, p. 857, nos 7 et s.

(8) Notamment E. de Laurière sur le texte de Loisel cité à la note suivante.

(9) *Inst. cout.*, I, III, 14. Cependant, à la fin du xiv^e ou au début du xv^e siècle, le *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f° 101, admettait déjà la solution qui prévalut en définitive.

dence fut longtemps hésitante ; un arrêt de la fin du xvii^e siècle la fixa, au témoignage de Bourjon, dans le sens le plus favorable à la veuve (1).

La douairière est expressément assimilée à une usufruitière ; son droit prend fin, en effet, à sa mort, pour rejoindre la nu-propiété des enfants douairiers ou, plus souvent, des héritiers du mari (2). De cette assimilation découlent diverses conséquences. Par une décision de droit nouveau, la douairière est tenue de bailler caution juratoire de restituer le douaire (3), c'est-à-dire qu'elle s'engage sous serment à bien administrer les biens soumis au douaire pour en assurer la restitution à son décès ; au Châtelet, on n'exigeait pas la caution juratoire si le douaire consistait en une rente dont les arrérages n'étaient pas restituables (4). Cette formalité n'était pas bien gênante. Mais si la douairière se remariait, elle devait fournir caution bonne et suffisante, c'est-à-dire une personne solvable s'engageant à procurer la restitution du douaire. L'obligation était plus lourde et sévèrement sanctionnée, car la plupart des auteurs décidaient que, faute pour la femme remariée de bailler caution suffisante, elle devait être privée de son douaire. C'était, à leurs yeux, peine des secondes noces. En réalité, les auteurs n'étaient pas favorables à la conservation du douaire en cas de remariage ; ils ne pouvaient aller à l'encontre du texte formel de la coutume, mais ils montraient leurs dispositions d'esprit en appliquant sans indulgence et en étendant aux coutumes muettes l'unique restriction qu'elle contenait (5).

La coutume imposait encore à la douairière, comme à l'usufruitier, les dépenses viagères et d'entretien, l'héritier étant tenu des grosses réparations, telles que la réfection des murs, de la toiture et des grosses poutres (6). Les biens sujets au douaire devaient être remis à la douairière en bon état et celle-ci avait intérêt à faire dresser par experts un état descriptif de ces biens qu'elle était tenue, en principe, de restituer en parfaite condition (7). Si la douairière négligeait de les entretenir, elle pouvait

(1) *Droit commun de la France*, I, p. 748, nos 14-15, et II, p. 263, nos 16 et s. ; la décision du Châtelet est du 30 juillet 1697.

(2) N. C., 263, et le commentaire de Ferrière, III, p. 919, n° 1.

(3) N. C., 264, art. nouveau proposé par le second projet : *Mss. de Simon Marion*, p. 85.

(4) Bourjon, I, p. 730, n° 38.

(5) Ferrière, III, p. 938, n° 11, et p. 940, n° 19.

(6) N. C., 262, article nouveau proposé par le premier projet : *Mss. de Simon Marion*, p. 85.

(7) Ferrière, III, p. 906, n° 13 ; Bourjon, I, p. 732, n° 5 : *je l'ai vu pratiquer au Châtelet, c'est prudence.*

y être contrainte par justice, sur l'initiative des héritiers, sans préjudice des dommages-intérêts (1). Mais les auteurs hésitaient à admettre la perte du douaire comme sanction du défaut d'entretien : le droit romain n'avait pas cette sévérité à l'encontre de l'usufruitier négligent (2). Cependant, certains arrêts admettaient cette sanction, expressément prévue par quelques coutumes, lorsque la douairière avait été sommée par le juge d'effectuer les réparations (3).

La douairière acquérait les fruits naturels par la perception ; elle faisait sienne sa part des fruits pendants par la racine, à la dissolution du mariage, sur les biens sujets au douaire ; mais on lui imposait la restitution des frais faits pour le labourage et les semences. Inversement, à la fin du douaire, les héritiers du mari acquéraient les fruits encore pendants, sauf à tenir compte des frais aux héritiers de la douairière (4). Les fruits civils étaient acquis sans difficulté au prorata de la jouissance. En ce qui concerne les produits périodiques des étangs et des bois, Du Moulin avait proposé de tenir compte aux héritiers de la douairière d'une part correspondant à la durée de la jouissance de la femme (5), mais son opinion ne prévalut pas : les produits périodiques étaient assimilés aux fruits naturels et n'étaient acquis que par la perception aux époques accoutumées (6).

Le douaire prenait fin par la mort de la femme ; les biens qui y étaient soumis revenaient aux enfants du mariage, soit comme héritiers, soit comme douairiers. A défaut d'enfants, le douaire coutumier revenait aux lignagers du mari, car il portait sur ses propres. Si le douaire consistait en une somme d'argent, il revenait, d'après une disposition expresse de la coutume, aux héritiers aux meubles et conquêts (7).

On peut constater que le douaire de la veuve a très peu varié dans l'histoire de la coutume parisienne. Il est resté un gain de survie largement calculé qui, rapproché de ses droits de communé en biens, assure la situation de son veuvage ; et c'est une institu-

(1) La douairière devait, notamment, payer les grosses réparations rendues nécessaires par le défaut d'entretien : Bourjon, I, p. 732, nos 50 et s.

(2) Bourjon, II, p. 733, n° 56, notamment, ne l'admet pas.

(3) V. les arrêts cités par Ferrière, III, p. 905, n° 7, et la cout. d'Anjou, art. 311.

(4) Ferrière, III, p. 845 et s.

(5) *In cons. Paris.*, art. 135, I, p. 893.

(6) V. la discussion dans Ferrière, III, p. 927, nos 16 et s.

(7) N. C., 259, adoptant la rédaction du second projet : *Mss. de Simon Marion*, p. 85 ; d'après Ferrière, III, p. 681 et s., cet article a été adopté conformément aux décisions d'arrêts de 1551 et de 1573.

tion pratiquée par toutes les classes, répandue chez les roturières comme chez les nobles. Certains jurisconsultes en parlent encore avec sympathie (1) ; il semble cependant qu'il est vu avec moins de faveur qu'au moyen-âge, probablement parce que le droit romain classique ne connaissait rien d'analogue. On critiquait les douaires excessifs consentis par les fiancés et l'on réclamait la fixation d'un maximum. On était choqué surtout de voir le douaire subsister en cas de remariage, le douaire du premier mari permettant parfois à la femme de faire un second mariage opulent, au détriment des héritiers. Le président de Lamoignon allait jusqu'à supprimer le douaire coutumier pour ne conserver que le douaire exprès (2).

Les raisons d'être du douaire n'étaient plus très bien comprises. Renusson l'attribua, le premier, au désir de compenser pour les femmes leur exclusion des successions immobilières (3) ; son explication, sans aucune valeur historique, du moins pour le droit parisien, eut du succès ; et, comme les exclusions de succession n'étaient plus guère pratiquées, le douaire en parut moins justifié. Peut-être aussi exagéra-t-on les considérations aristocratiques qui n'étaient de mise que pour un petit nombre de grandes familles, alors que, dans la plupart des cas, le douaire servait surtout à assurer à la veuve une vie plus large et plus tranquille, sans qu'il fût question de conserver la dignité ou le rang de la maison. Mais le douaire était resté une institution vivante et populaire ; on ne s'explique guère qu'elle soit tombée sous le coup des lois révolutionnaires ; elles respectèrent pourtant la communauté conjugale, qu'elle avait si longtemps complétée, avec une note franche de générosité et de prévoyance pour la veuve.

(1) Ainsi Bourjon, I, p. 715, n° 1.

(2) Arrêtés, t. 34, du douaire, art. 1-3.

(3) V. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 499 et s.

CHAPITRE V

Les donations entre fiancés et entre époux

Cette question délicate a donné lieu à des solutions législatives assez diverses (1). La situation de fiancé ou d'époux incline, en manifestation de sentiments très humains, à des donations généreuses ; mais on peut redouter parfois des entraînements excessifs ou des abus d'influence. L'importance des libéralités entre fiancés a toujours été diminuée par ce fait que les conventions de mariage sont des arrangements de famille plutôt que de simples accords entre fiancés ; les parents des futurs conjoints y participent d'ordinaire et y parlent en maîtres ; il n'y a guère à craindre de libéralités exagérées entre fiancés qui, le plus souvent, ne possèdent que ce que leurs parents veulent bien leur reconnaître.

Il n'en est pas ainsi des libéralités entre époux. Le droit parisien a adopté, en ce qui les concerne, une solution à la fois simple et franche : il les a prohibées, à l'exception du don mutuel et égal, limité aux biens communs. Cette solution est en contraste marqué avec la solution romaine qui a cru trouver dans la révocabilité foncière de libéralités toujours permises la conciliation des intérêts en présence. Faut-il la rattacher aux textes connus de la loi des Francs Ripuaires et des formules de la même époque, qui nous montrent le don mutuel entre époux, fonctionnant avec d'ailleurs bien des variantes (2)? Il est impossible d'établir une telle filiation à travers les siècles obscurs du haut moyen-âge. Le don mutuel a d'ailleurs dû s'accorder avec le douaire et avec la communauté conjugale pour prendre ses contours définitifs. On peut penser que le droit parisien, comme le droit coutumier en général, a su le découvrir, parmi le petit nombre de procédés techniques concevables, comme répondant le mieux à ses desseins de franchise et de loyauté, à une époque où nul ne se souvenait plus de la loi Ripuaire. Il est probable qu'il est né d'une cou-

(1) Sur la question en général, v. Viollet, pp. 810-812 ; Brissaud, pp. 1603-1606 ; Lefebvre, *Droit des gens mariés*, pp. 520-560.

(2) *Loi des Ripuaires*, t. 48-49, et les autres textes cités par Lefebvre, *loc. laud.*, pp. 529-530.

tume répandue entre époux, surtout lorsqu'ils n'avaient pas d'enfants, de donner à l'Eglise une partie de leurs biens et, en particulier, ceux qu'ils avaient acquis en commun, en réservant l'usufruit au profit du survivant (1). La combinaison, toute naturelle, traduisait le désir des époux de s'associer dans une libéralité pieuse, tout en songeant à la situation de celui d'entre eux qui survivrait. Le cadre de l'institution était ainsi fourni; la réaction du sentiment familial devait contribuer à la limiter définitivement aux biens acquis en commun, à l'exclusion des propres; d'autre part, une simple libéralité en usufruit ne pouvait préjudicier gravement aux enfants nés du mariage, tout en suffisant pour atteindre le but désiré; on donnait enfin satisfaction à ce souci très légitime d'assurer au survivant des époux quelque avantage sur les biens communs, souci que nous avons vu s'exprimer dans le préciput coutumier du conjoint noble (2); la coutume parisienne n'a pas cru devoir aller jusqu'à un préciput coutumier général; mais elle a laissé aux époux le plus étroitement unis la possibilité de se manifester mutuellement leur affection et leur prévoyance par un acte loyal dont ils ne savent qui d'entre eux bénéficiera.

§ 1. — LES DONATIONS ENTRE FIANCÉS ET ENTRE ÉPOUX
AU MOYEN-AGE

Les donations entre fiancés paraissent avoir été permises, à Paris, sans restrictions (3); elles ne sont même pas limitées, comme en Touraine-Anjou (4), par la réserve coutumière qui, nous le verrons, ne s'appliqua pas en définitive aux donations. Il n'y a pas non plus trace, dans la région parisienne, de mesures spéciales à l'encontre des libéralités en secondes noces, alors que Boutillier exige, pour les valider, le consentement des enfants du premier lit (5); il faut relever seulement que ces libéralités peuvent être entravées, du côté du mari, par l'existence du douaire

(1) V., par exemple, *Cart. des Vaux de Cernay*, n° 701 (1269): deux époux ont disposé de leurs conquêtes *videlicet quod alter dictorum Guillelmi et Ysabellis qui alteri superviveret dictas res, quamdiu viveret, teneret et possideret*; à la mort du dernier survivant les biens seront pour l'abbaye; *Ibidem*, n° 796 (1278): deux époux donnent tous leurs biens, meubles et immeubles, aux moines, au décès du survivant, et sous réserve de trente sous, pour distribuer par testament.

(2) *Suprà*, p. 213.

(3) *Ps. des Marès*, n° 157; dans le même sens Boutillier, *Somme rural*, édit. citée, p. 330, d'après le ms. de Charondas.

(4) *Et. de Saint-Louis*, I, 118.

(5) *Somme rural*, loc. cit.

des enfants et, du côté de la femme noble, par la réserve du *maritagium* en faveur des enfants du premier lit.

Quant aux libéralités entre époux, nous savons pertinemment qu'elles sont interdites dans la région parisienne, à l'exception du don mutuel (1). Mais il faut relever ici, à l'aide des bons manuscrits du *Grand Coutumier*, une particularité importante (2): la prohibition, au *xiv^e* siècle, ne s'étend pas au ressort normal de la coutume parisienne, c'est-à-dire à la prévôté et vicomté; elle ne s'étend qu'au diocèse de Paris, et le mari pourrait donner à sa femme de ses biens propres situés hors du diocèse, mais dans le ressort habituel de la coutume. Cette particularité est une survivance de l'ancienne compétence des tribunaux ecclésiastiques en matière de conventions matrimoniales et de donations entre époux (3), et nous avons d'autres témoignages plus récents encore de cette survivance (4). Mais la distinction entre le diocèse et la prévôté ou vicomté de Paris n'a pas dû se maintenir au delà de la fin du *xiv^e* siècle; dès cette époque, probablement, la prohibition des libéralités entre époux est générale dans le ressort normal de la coutume de Paris (5).

Il faut l'entendre, sans doute, de toutes sortes de libéralités, aussi bien des donations entre vifs, pour lesquelles nous avons un texte du début du *xiv^e* siècle (6), que des libéralités testamentaires directes ou détournées (7); et la prohibition de toute espèce de contrats entre époux, à l'exception du pacte d'aliments et des conventions de remploi ou de récompense, doit avoir pour but de sanctionner mieux encore la défense principale (8). La prohibition des libéralités entre époux autres que le don mutuel

(1) *Cout. not.*, 58; *Ps. des Marès*, n^{os} 70 et 235.

(2) Par exemple le ms. fr. 10816, f^o 223 r^o et v^o.

(3) V. t. I, p. 45.

(4) Aux textes cités au t. I, ajoutez *Notes d'audiences*, n^o 42 (17 janvier 1385).

(5) On peut le présumer d'après les textes des *Cout. not.* et du *Ps. des Marès* qui viennent d'être cités. Le texte imprimé du *Gr. Cout.*, p. 321 porte *secundum consuetudinem Parisiensem*, au lieu de *diocesis Parisiensis*; il faudrait étudier en détail les manuscrits pour savoir quand la généralisation a été effectuée. Ce texte du *Gr. Cout.* vient visiblement des *Aliqua*, 19, qui dit vaguement *secundum aliquorum locorum consuetudinem*.

(6) *Olim*, III, p. 577, n^o LXXII (1310), sentence du bailli de l'évêque de Paris confirmée par le Parlement.

(7) *Gr. Cout.*, p. 321; ms. Vatican 4790, f^o 20 v^o; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 105 v^o, qui discute la question des legs faits au père et au fils de la femme et les annule dès qu'il y a présomption de fraude. — Le seul texte discordant est une allégation du célèbre avocat Canard, *Notes d'audiences*, 42 (1385); après avoir dit qu'à Laon le mari ne peut faire de legs à sa femme, il ajoute *contra diocesi Parisiensi*.

(8) *Gr. Cout.*, p. 321. Le principe de la prohibition des pactes entre époux est allégué dans une affaire jugée au Parl. de Paris le 10 mai 1383, après le bailli de Mantes. *x^{ia}* 11, f. 196 (v. dossier successions).

a) Cette coutume du diocèse de Paris est citée par Henri Bohic, dans son *Comm. sur les Décrétales*, sur le c. 3, x, (II, 15) citée par Wehrle, *Coutume*, p. 250

était d'ailleurs assez répandue, sauf en Touraine-Anjou (1); parfois, cependant, comme à Senlis et dans les diocèses de Beauvais et de Chartres, les legs entre époux sont permis, alors que les donations entre époux sont interdites (2); on ne trouve, à cette époque, que de très faibles traces de l'opposition romaine aux libéralités irrévocables (3).

Seul est admis le don mutuel, ou, comme disent souvent les textes du xiv^e siècle, la « grâce mutuelle » entre époux (4). Ce don mutuel ne peut porter que sur les meubles et conquêts de communauté ou sur une quote part strictement égale pour chacun des époux de ces meubles et conquêts; alors qu'en Champagne il peut se faire en pleine propriété, il ne peut porter, en France, que sur l'usufruit, sauf en Vexin français, où les meubles seulement peuvent être donnés à perpétuité. Toute donation excédant ce qui est permis par la coutume est nulle, d'après Eudes de Sens, même si elle a été confirmée par serment, car on ne peut aller à l'encontre de la coutume (5).

Le don mutuel était fait normalement par un seul et même acte, mais nous ne savons pas s'il y avait là une règle impérative.

(1) Les donations faites par le mari à la femme y sont limitées seulement par la réserve coutumière : *Et. de Saint-Louis*, I, 16; *Cout. glosée*, n^{os} 8 et 223; la donation faite par la femme pendant le mariage n'est pas valable par crainte des abus d'influence, mais, par testament, la femme peut donner à son mari le disponible normal : *Et. de Saint-Louis*, I, 118, reproduit par *Cout. glosée*, n^o 114.

(2) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 20 v^o, pour le bailliage de Senlis, dont l'usage est opposé à celui de France, de Champagne et de Brie; ms. fr. 18110, f^o 61, pour le Beauvaisis, *excepté en la cloture de la ville de Compiègne*; *Notes d'audiences*, 42, pour la diocèse de Beauvais et celui de Chartres, pour lequel nous avons, dans le *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 464, un exemple de 1248 : un certain Gilon Crespin *legat omnia acquiramenta sua uxori sue dicte Marie quamdiu vixerit*.

(3) Boutillier, *Somme rural*, I, 99 et 103, rappelle cependant la prohibition romaine des donations entre époux mais atteste qu'en coutume, à l'encontre du droit romain, on n'admet pas d'ordinaire les libéralités testamentaires. Il donne aussi d'intéressants détails sur la pratique, des *revestissements*, don mutuel et égal de la part de communauté, possible quand il n'y a pas d'enfants du mariage, dont il reproduit une formule, édit. citée, *Appendice*, pp. 885-887.

(4) Arch. nat., X^{1a} 5, f^o 84 v^o (11 avril 1321) = Boutaric, n^o 6364; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 102, t. de *grâce mutuelle*. — Voici quelques exemples de don mutuel : Siméon Luce, *Documents nouveaux sur Etienne Marcel*, dans *Mém. Soc. hist. de Paris*, 1879, pp. 310-314, donation mutuelle des meubles de la communauté entre Etienne Marcel et sa première femme; Arch. nat., X^{1a} 9, f^o 370 (13 février 1343), donation mutuelle de l'usufruit des meubles communs; Duchesne, *Pr. de l'histoire des Montmorency*, p. 155 (1392); Batiffol, *Jean Jouvenel*, 1894, pp. 149-150 et pp. 281-284 (15 nov. 1403).

(5) *Gr. Cout.*, ms. fr. 10816, f^o 223 r^o et v^o, dont la source est *Aliqua...*, 19, mais qui fournit d'autres renseignements; ms. Vatican 4790, f^o 20 v^o; le *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 102, précise que le don ne peut porter sur les conquêts des époux antérieurs au mariage.

Habituellement, si le don avait été fait en pleine vie, il était confirmé au lit de mort (1) ; mais il ne semble pas que cette confirmation ait été nécessaire pour la validité de la grâce mutuelle, malgré le sentiment de certains coutumiers qui étaient probablement influencés à l'excès par les textes romains (2) ; le *Style du Châtelet* voit plutôt dans cette confirmation une *bonne cautelle* et il recommande de même l'adhésion des enfants, qui n'est pas davantage nécessaire (3). Le don mutuel est, en effet, possible quand il y a des enfants nés du mariage. Les deux époux doivent être en bonne santé, au moment de la rédaction de l'acte, et aucune pression ne doit avoir été exercée par l'un d'eux (4) ; il doit ainsi y avoir entre les deux époux une certaine égalité de chances, mais la coutume de Paris ne va jusqu'à exiger entre eux un âge à peu près semblable.

Il fut prouvé en turbe, à la fin du xiv^e siècle, que la donation mutuelle, une fois effectuée, ne pouvait être révoquée que du consentement des deux époux (5) ; elle est donc, en son principe, irrévocable, et c'est un trait essentiel de son organisation juridique qui l'oppose fortement au système romain. Toutefois, le bénéfice du don serait perdu par l'époux qui négligerait d'assister son conjoint malade ou hâterait sa fin (6). L'utilité principale de la confirmation au lit de mort était sans doute de couper court à toute accusation de ce genre formulée par les héritiers du conjoint prédécédé pour éluder la délivrance du don (7).

Le conjoint survivant, en effet, n'est pas, comme en Champagne, saisi du don mutuel (8) ; il doit s'adresser, pour en obtenir la remise, aux héritiers naturels du défunt ; nous avons des exemples concrets d'actions en délivrance dirigées contre les héritiers (9). Le conjoint donataire devait dresser inventaire des biens faisant

(1) Ainsi, la grâce de 1321, citée *suprà* ; *Gr. Cout.*, p. 323 ; *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 102, qui prouve que cette confirmation se faisait par serment ; il résulte *a contrario* du *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 20 v^o, que cette confirmation peut rendre valable une grâce faite dans une forme défectueuse.

(2) *Aliqua...*, 20 ; *Gr. Cout.*, p. 322, et ms. fr. 10816, f^o 224.

(3) Ms. fr. 18419, f^o 102 ; c'est aussi la doctrine du *Gr. Cout.*, *loc. cit.*, donnant cette conclusion à la controverse que les *Aliqua...*, 20, se bornaient à exposer.

(4) *Gr. Cout.*, p. 323.

(5) *Style du Châtelet*, ms. fr. 18419, f^o 102.

(6) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 20 v^o.

(7) Il faut y joindre subsidiairement l'avantage d'écarter toute chicane de forme, les actes de dernières volontés échappant à cet égard aux sévérités qui pesaient sur les libéralités entre vifs.

(8) *Gr. Cout.*, ms. Vatican 4790, f^o 20 v^o.

(9) *Sent. du Châtelet*, n^o 179 (26 oct. 1395) ; ajoutez Arch. nat., Y 5220, f^o 209 (17 mai 1396), et Y 5221, f^o 62 (4 janvier 1399).

partie de la donation et fournir caution de restituer ces biens et les meubles au prix porté à l'inventaire, au moins quand il ne possédait pas d'immeubles d'une valeur équipollente (1); toutefois, le conjoint donateur pouvait dispenser de faire inventaire et de fournir caution (2). Le donataire par grâce mutuelle, recevant ainsi tout l'actif de la communauté, devait en payer toutes les dettes, régler les obsèques et funérailles du défunt, et, enfin, semble-t-il, accomplir son testament (3); parfois, d'ailleurs, les conjoints, en se faisant donation, se réservaient la possibilité de faire des legs par testament, à concurrence d'une certaine somme, et le conjoint survivant était souvent chargé, sans doute, de l'exécution de ce testament (4). Le don mutuel ne prenait fin que par la mort du conjoint donataire; le remariage n'y mettait pas fin; un arrêt du Parlement de 1362 nous montre Etienne Marcel jouissant, quoique remarié, d'une donation mutuelle intervenue entre lui et sa première femme, Jeanne de Dammartin (5), et une sentence du Châtelet de 1395 permet la même constatation (6).

§ 2. — LES LIBÉRALITÉS ENTRE ÉPOUX D'APRÈS LES COUTUMES RÉDIGÉES

Le droit parisien est resté fidèle au système adopté au xiv^e siècle, sauf à témoigner par quelques mesures restrictives qu'il n'est pas très favorable à ces libéralités dépassant les avantages coutumiers (7). Mais la diversité qui règne dans les coutumes voisines établit la difficulté du problème. Rares sont les coutumes qui, comme Mantes et Meulan, se rallient, en définitive, au système romain admettant les libéralités par testament et la donation entre vifs, toujours révocable (8). En Touraine-Anjou où, après

(1) Arch. nat., X^{1a} 5, f^o 169 v^o = Boutaric, n^o 6652 (6 fév. 1321): une femme a fait donation mutuelle à son mari en exigeant qu'il fournisse une caution de restituer les biens; le mari propose d'hypothéquer une maison et tous ses biens; l'offre validée par le prévôt de Paris est jugée insuffisante par le Parlement. Le Châtelet paraît moins sévère à la fin du xiv^e siècle: *Sent. du Châtelet*, n^{os} 179-180.

(2) *Gr. Cout.*, p. 323, et ms. Vatican 4790, f^o 20 v^o.

(3) *Sent. du Châtelet*, n^o 180 (11 nov. 1409).

(4) V. déjà *Cart. des Vaux de Cernay*, n^o 796 (1278) et le don mutuel de Jean Jouvenel et de sa femme cité *suprà*.

(5) Siméon Luce, *loc. cit.*, p. 315.

(6) *Sent. du Châtelet*, n^o 179.

(7) L'A. C. consacrait au don mutuel le titre 14, art. 155-161, mais les art. 159-161 concernaient les donations en général. En 1580, après quelques hésitations, avec ce titre et quelques éléments empruntés au titre 7 de l'A. C., on constitua un titre *des donations et don mutuel*, dont les art. 280-288 concernent notre matière. Cf. *Mss. de Simon Marion*, pp. 86-90.

(8) N. C. de 1556, art. 145-146; le système est d'ailleurs de droit nouveau: *Procès-verbal*, B. de R., III, p. 204.

discussion, furent tolérées les donations unilatérales, dans la limite de la quotité disponible ordinaire, le don mutuel était aussi pratiqué (1). En Beauvaisis où, comme au diocèse de Chartres, les legs entre époux étaient permis depuis le moyen-âge, la coutume de Clermont restreignit beaucoup le disponible entre époux et introduisit comme droit nouveau le don mutuel, qui existait aussi à Chartres (2). A Montfort-l'Amaury (3), comme en Orléanais (4), on ne connaît que le don mutuel, mais plus large qu'à Paris, tandis qu'au contraire les coutumes du ressort de l'ancienne Champagne le réduisent à l'usufruit, selon le type parisien (5). Malgré ces nuances, inévitables en une matière qui n'a pas été de bonne heure unifiée, comme le douaire, le don mutuel parisien tend à représenter le droit commun coutumier.

Les deux coutumes expriment formellement la prohibition de toute libéralité entre époux, entre vifs ou à cause de mort, à l'exception du don mutuel (6). Certains auteurs regrettent cette prohibition absolue et manifestent leurs préférences pour le système romain des libéralités révocables (7). Mais ils expliquent très bien le système parisien par la préoccupation de conserver les biens dans les familles (8). Le problème des libéralités entre époux n'est pas seulement en droit coutumier, comme il l'est en droit romain, un problème de morale conjugale ; il intéresse la famille toute entière ; permettre les libéralités entre époux, surtout à Paris, où la réserve coutumière ne s'étend pas aux donations, c'est risquer de faire sortir les biens de la ligne au cas où le mariage serait sans enfants. La prohibition des libéralités entre époux apparaît donc comme nécessaire à la sauvegarde des droits de la famille qui, par contre, ne sont nullement menacés par le don mutuel (9).

(1) Touraine, A. C., 23, 4 ; N. C., 243 ; Anjou, 321, 325 et 337.

(2) Clermont en B., A. C., 63 ; N. C., 132 ; cf. Senlis, 143 ; en ce qui concerne le don mutuel, comparez Clermont, A. C., 77, et N. C., 123 ; cf. *Procès-verbal*, B. de R., II, p. 789 ; Chartres, 87, 91 ; Dreux, 75, 81-82.

(3) Cout. de 1556, art. 149, qui permet une donation mutuelle des meubles, des acquêts et du quint des propres quand il n'y a pas d'enfants ; cette restriction est de droit nouveau : *Procès-verbal*, B. de R., III, p. 169.

(4) Lorris-Montargis, A. C., 11, 4-5 ; N. C., 11, 3 et 5 ; Orléans, N. C., 280-281 : le don mutuel peut, sauf quelques restrictions, s'étendre aussi à l'usufruit des propres.

(5) Meaux, 18, 21-22, 25 ; Sens, A. C., 99 ; N. C., 113.

(6) A. C., 146 ; N. C., 282 ; l'art. 283 de la N. C., proposé par le premier projet, interdit expressément les libéralités faites à l'enfant d'un mariage antérieur.

(7) Ainsi Ferrière, III, p. 1555, n° 5.

(8) *Ibidem*, n° 6.

(9) V. pourtant, dans Campardon et Tuetey, *Insinuations du Châtelet de Paris*, n° 2491, une donation unilatérale faite, en 1546, par Geneviève

Il ne porte, en effet, selon la tradition, que sur l'usufruit des meubles et conquêts de communauté qui n'intéressent pas la famille et sont, de toutes manières, laissés à la disposition des individus (1). D'autre part, il n'était possible qu'à défaut d'enfants des deux conjoints ou de l'un d'eux. Cette très importante restriction fut introduite lors de la rédaction de 1510 (2). En 1507, lors de la rédaction de l'avant-projet, aucune restriction de ce genre ne figurait dans le texte soumis aux délibérations de l'assemblée (3). Les praticiens constatèrent que l'article qui leur était proposé était bien conforme à la coutume confirmée à maintes reprises par la jurisprudence ; mais ils estimèrent qu'elle était trop rigoureuse. Avec l'appui de la plus *saine partie* du clergé, ils demandèrent que la nourriture et l'entretien des enfants du mariage fussent mis à la charge du conjoint donataire jusqu'à leur majorité, et même au delà, s'ils n'avaient pas alors de moyens d'existence assurés. D'autres assistants proposèrent, en outre, d'imposer au donataire l'obligation de marier les filles, ou de les mettre en religion, *selon la faculté des biens de ses feux père ou mère*. Enfin, la noblesse et quelques praticiens ouvrirent un avis plus radical en demandant de ne pas autoriser le don mutuel quand il y aurait des enfants. La discussion resta, en 1507, sans conclusion ; mais en 1510, lors de la rédaction définitive, l'avis de la noblesse prévalut, sans nouveau débat ; une addition fut votée au texte primitif, statuant pour l'avenir seulement.

Cette restriction importante fut introduite dans nombre de coutumes, lors des rédactions ou réformations du *xvi^e* siècle (4) ; et, à cet égard, la coutume de Paris représentait le droit commun coutumier. La donation mutuelle est impossible dès qu'il existe un enfant au décès du premier conjoint, même si cet enfant était né d'un précédent mariage ; cette précision, introduite par la jurisprudence (5), fut confirmée par la N. C. (6) ; mais l'enfant devait

Amy à son mari, Nicole Boutin, avocat au Parlement. La donation en usufruit qu'approuve l'héritière de la femme est justifiée par ce fait que le mari *auroit fait de grandes impenses à entretenir ses maisons... et auroit nourri et mariée Anne de Villeneuve, nièce de ladite Geneviève Amy*.

(1) A. C., 155 ; N. C., 280.

(2) Ferrière, III, p. 1473, trompé par les éditions gothiques du *Gr. Cout.* (v. édit. Laboulaye et Dareste, p. 321, n. 2), croyait que cette restriction était ancienne.

(3) Sur tout ce qui suit, v. *Trav. préparatoires de l'A. C.*, art. 161.

(4) Par exemple Melun, A. C., (1506), art. 179, et N. C., (1560), art. 226 ; Mantes et Meulan, A. C., 13, 1 ; N. C., 147 ; Sens, A. C., 99 ; N. C., 113.

(5) Arrêt de 1547, rendu conformément à l'avis de Du Moulin : Ricard, dans Ferrière, III, pp. 1471-1472, et Ferrière, III, p. 1519, n° 1.

(6) Art. 280, *in fine*.

être vivant lors du décès du conjoint donataire; si tous les enfants précédédaient, la donation redevenait valable (1). La restriction avait été introduite dans l'intérêt des enfants et non comme une disposition impérative sanctionnée par la nullité absolue. Du Moulin tire de ce principe général cette autre conséquence que les enfants, à condition d'être majeurs, peuvent donner leur consentement à la donation (2); nous en avons des exemples (3), mais la jurisprudence n'adopta pas, en définitive, l'opinion de Du Moulin (4). Lors de la réformation, on permit seulement aux conjoints, lors du mariage de leurs enfants, de réserver pour celui d'entre eux qui survivrait la jouissance de la part des enfants mariés dans les meubles et conquêts de communauté (5); le don mutuel était ainsi validé, mais cette réserve ne pouvait être faite que dans le contrat de mariage (6) et, d'autre part, le conjoint survivant perdait, en se remariant, le bénéfice de cette jouissance réservée (7).

A part cette restriction, qui diminuait beaucoup son utilité pratique, la donation mutuelle restait soumise aux conditions traditionnelles. Elle devait être égale, si elle ne portait que sur une portion des biens communs (8); elle devait être faite en santé, et non au cours d'une maladie mettant en danger de mort l'un des deux conjoints (9); elle devait enfin être faite par un

(1) C'était l'opinion de Du Moulin, *Notae Solemnnes*, sur l'art. 155 de l'A. C., note *d* (II, p. 695). Le second projet proposait en ce sens une addition qui ne fut pas retenue en définitive, probablement parce qu'elle fut considérée comme inutile: *Mss. de Simon Marion*, art. 280, p. 88. La jurisprudence se rangea à l'opinion de Du Moulin: Bourjon, II, p. 247, n° 8.

(2) *Ibidem* sur l'art. 155, note *c*.

(3) Coyecque, *Actes notariés*, n° 333 (nov. 1522): Jean Glane, pâtissier, et sa femme se donnent mutuellement l'usufruit de tous leurs biens meubles et immeubles, avec le consentement des enfants.

(4) Du Moulin, sur l'art. 155, note *c*, dit bien que cela fut jugé de son temps; mais après la rédaction, la jurisprudence changea: Ferrière, III, p. 1524, n° 13, et Bourjon, II, p. 248, n° 12, qui admet par contre que le consentement d'un enfant du premier lit validerait le don (n° 13).

(5) N. C., 281, proposé par le premier projet, mais remanié ensuite et maintenu, après hésitations, à notre titre: *Mss. de Simon Marion*, p. 89.

(6) Bourjon, II, p. 282, n° 1; elle n'avait pas lieu dans les coutumes muettes, selon l'avis de Ricard et de Renusson, fondé sur un arrêt de 1682: *ibidem*, n° 2.

(7) Dit expressément par l'art. 281; cf. Bourjon, II, p. 289 et s.

(8) Du Moulin, *Notae solemnnes* sur l'art. 155 de l'A. C., note *a* (II, p. 695). Bourjon, II, p. 253, n° 1, n'admet pas un don mutuel restreint à une partie de la communauté; il permet seulement (n° 3) à chaque époux de se réserver le droit de disposer des biens communs par testament, à concurrence d'une certaine somme. La coutume de Paris ne contient aucune disposition concernant l'âge des époux. Le projet de rédaction de la coutume de Meaux exigeait que l'écart d'âge entre les époux ne dépassât pas 15 à 18 ans, mais cela ne fut pas admis en coutume: *Procès-verbal*, B. de R., III, p. 407. V. aussi Loisel, *Inst. cout.*, I, II, 29, et Bourjon, II, p. 248, n° 16.

(9) Bourjon, II, p. 246, nos 2-5.

seul et même acte, et par devant notaires, selon l'opinion générale des auteurs que l'édit de 1731 mit hors de toute discussion (1). L'ordonnance de Villers-Coterets de 1539 la soumit, comme toute donation, à la formalité de l'insinuation et, pour l'effectuer, la N. C. donna un délai de quatre mois (2). Après l'insinuation, la donation devenait irrévocable et ne pouvait être annulée que du consentement des deux conjoints. Nous possédons un très grand nombre d'exemples de ces dons mutuels, publiés, pour le xvi^e siècle, par Campardon et Tuetey, d'après les registres d'insinuation du Châtelet (3). Les motifs qui les déterminent sont à peu près toujours les mêmes ; les époux se donnent réciproquement la jouissance des biens communs afin que, *pour le temps advenir, dans le cas où il plairoit à Nostre Seigneur appeler à soy l'ung des conjointz auparavant l'autre, le survivant des deux puisse plus honnêtement vivre, conduire et gouverner son estat le surplus de sa vye* (4).

Le don mutuel s'ouvrait par la mort naturelle de l'un des conjoints ; mais, comme il portait, aux termes de la coutume (5), sur les biens *communs entre eux à l'heure du trespas du premier mourant*, on en avait déduit assez logiquement qu'il n'avait pas lieu, en cas de séparation de biens survenue pendant le mariage (6), et la déduction était si simple qu'en 1580 on jugea inutile, après réflexion, d'en faire l'objet d'un nouvel article (7). Mais la renonciation de la veuve à la communauté ne la privait nullement du don mutuel, malgré certaines hésitations (8).

L'A. C. déclarait, selon la tradition, que le *don mutuel de soy ne saisit point* (9) ; et Du Moulin, interprétant rigoureusement cette règle, n'admettait pas une clause réciproque de constitut précaire pour conférer la saisine au conjoint survivant (10). Au cours du xvi^e siècle, quelques flottements se révélèrent sur le meilleur système à adopter : dans un certain nombre de coutumes rédigées ou réformées alors, l'influence des commissaires fit voter

(1) Ferrière, III, pp. 1488-1489, nos 28-29 ; Bourjon, II, p. 266, n° 1.

(2) Art. 284 ; Bourjon, II, p. 267, n° 1 ; cependant, d'après cet auteur, p. 269, n° 8, on ne pourrait opposer le défaut d'insinuation à la femme, qui est incapable d'agir pendant le mariage.

(3) V. la *Préface*, p. XVII.

(4) *Insinuations du Châtelet*, n° 4654.

(5) A. C., 155 ; N. C., 180.

(6) Le Camus, dans Ferrière, III, p. 1528, n° 16 ; Bourjon, II, p. 255, nos 1 et s.

(7) *Mss. de Simon Marion*, art. 275 et art. 280.

(8) Bourjon, II, p. 257, n° 11.

(9) Art. 157.

(10) *Notae solemnes*, sur l'art. 157 de l'A. C. (II, p. 695).

un article déclarant que le don mutuel saisit (1). Cependant, la N. C. de Paris resta fidèle à l'ancienne règle et, dans le dernier état du droit, les auteurs considéraient qu'elle représentait le droit commun coutumier (2). Le donataire devait donc demander la délivrance à l'héritier mais, selon la lettre de la coutume et l'usage du Châtelet, rapporté par Bourjon, il faisait les fruits siens, sans attendre la délivrance effective, du jour de la présentation de la caution et pourvu qu'elle soit jugée suffisante (3).

Le conjoint survivant devait, en effet, comme au moyen-âge, dresser inventaire et fournir caution, et il ne pouvait plus en être dispensé par l'acte constitutif du don mutuel (4). Selon l'opinion de Du Moulin, la caution juratoire n'était pas reçue ; il fallait une caution bourgeoise dont la suffisance pouvait être discutée devant le juge (5). Mais, après sa réception et la délivrance du don qui devait suivre, le conjoint survivant pouvait disposer des meubles, sauf, pour ses héritiers, à en être comptables, selon l'estimation de l'inventaire (6) ; aussi l'héritier du défunt pouvait-il toujours demander qu'une juste estimation en soit faite par experts, autre que celle consignée dans l'inventaire (7).

L'A. C. imposait au donataire mutuel la lourde charge de payer les funérailles et obsèques, et la part des dettes communes incombant à l'époux décédé (8) ; Du Moulin fit observer qu'il était dispensé de payer les legs et d'accomplir le testament (9), et la N.C. enregistra cette réserve (10) ; elle précisa, d'autre part, sans considérer cette précision, semble-t-il, comme de droit nouveau, que le donataire mutuel devait *avancer et payer* les obsèques, funérailles et dettes du conjoint décédé (11). Il devait, par

(1) Ainsi Montfort l'A., 150 ; Mantes et Meulan, comparez A. C., 4, 2, et N. C., 148 ; Lorris-Montargis, A. C. (1494), 11, 8.

(2) Art. 284-285.

(3) Art. 285 ; Bourjon, II, p. 273, n^{os} 1 et s.

(4) A. C., 155 ; N. C., 280 ; Bourjon, II, p. 271, n^o 4.

(5) *Notae solemnes*, sur l'art. 155, note *b* (II, p. 695) ; Bourjon, II, p. 271, n^o 3.

(6) Bourjon, II, p. 271, n^o 5.

(7) N. C., 288.

(8) Art. 158.

(9) *Notae solemnes*, sur l'art. 158 (II, p. 695).

(10) Art. 286 ; Bourjon déclare très nettement, II, p. 278, n^{os} 12 et s., que le donataire mutuel n'est jamais tenu de faire l'avance des legs, qui incombent exclusivement aux héritiers du conjoint prédécédé, même si la succession ne comporte que des meubles et des conquêts grevés du don mutuel.

(11) Art. 286 ; Bourjon, II, p. 275, n^{os} 1 et s. ; l'art. 286 correspond à l'art. 158 de l'A. C., remanié selon les propositions du premier projet : les travaux préparatoires mentionnent la précision relative au testament, qui fut ajoutée pour plus grande explication, mais il n'y a rien en ce qui concerne les dettes : *Procès-verbal* sur cet article et *Mss. de Simon Marion*, p. 89.

contre, effectuer les réparations viagères et payer les charges réelles des héritages *sans espérance de les recouvrer*. Le système de la N. C. était ainsi assez clair : le donataire mutuel ne devait que l'avance des funérailles et des dettes ; ses héritiers en récupéraient le montant lors de leur règlement de comptes avec les héritiers du conjoint prédécédé. On avait ainsi substitué, à l'ancien système empirique qui faisait des dettes la charge exclusive des meubles, un système élégant qui proportionnait exactement la charge des dettes à la jouissance temporaire de l'usufruitier, en lui en imposant l'avance sans intérêts.

Le don mutuel ne prenait fin qu'à la mort naturelle du conjoint donataire ; il le gardait, en effet, en cas de remariage, sauf dans l'hypothèse spéciale de l'art. 281 (1).

§ 3. — LES DONATIONS ENTRE FIANCÉS ET LES LIBÉRALITÉS EN SECONDES NOCES

La coutume de Paris, comme d'ailleurs la plupart des autres coutumes, était muette en ce qui concerne les donations entre fiancés (2) ; mais la doctrine et la jurisprudence leur étaient très favorables, même si les deux fiancés étaient d'âge très différent, pourvu qu'elles soient insérées au contrat de mariage discuté entre les deux familles (3).

L'A. C., fidèle à la tradition, ne contenait aucune restriction à ces libéralités, même en cas de secondes noces. Nous en avons des exemples au *xvii^e* siècle et il ne semble pas que la jurisprudence se soit encore laissé influencer par l'exemple des prohibitions romaines. Ainsi, en 1548, une veuve donne à son fiancé, par contrat de mariage, l'usufruit de la moitié de deux maisons, à condition qu'il ne naisse pas d'enfants de leur mariage (4). En 1552, une veuve donne à son fiancé, par acte spécial, deux cents écus soleil et l'usufruit de la moitié des biens qu'elle laissera à son décès ; elle déclare qu'elle n'a pas osé faire cette donation par contrat de mariage, de crainte d'encourir l'indignation de ses parents (5).

L'aveu est intéressant, car il révèle la réaction naturelle du

(1) Ferrière, III, p. 1488, n° 27.

(2) Cependant, la N. C. de Tours, art. 236, les limitait à la moitié des biens de chacun des futurs époux.

(3) V., par exemple, Ferrière, III, p. 1555, nos 7 et s.

(4) Campardon et Tuetey, *Insinuations du Châtelet*, n° 3067.

(5) *Ibidem*, n° 4348.

sentiment familial contre ces libéralités en secondes nocés que des mœurs moins sévères ne contenaient plus dans de justes limites. Il fallut cependant, au témoignage de nos anciens auteurs, un véritable scandale pour provoquer l'intervention du législateur : le remariage de la dame d'Alligre, qui dépouilla ses nombreux enfants au profit d'un trop jeune époux. C'est alors que fut publié, en 1560, le célèbre édit connu sous le nom d'*Édit des secondes nocés* et qui fut rédigé, par le chancelier de l'Hôpital, suivant les principes généraux des constitutions romaines (1). Le préambule motivait la réglementation nouvelle, d'une manière un peu étroite peut-être, en observant que les veuves, pour se remarier, consentaient de gros sacrifices d'argent, jusqu'à entraîner la ruine des enfants du premier lit et la dissolution des grandes familles dont la prospérité est indispensable à l'Etat.

Les dispositions de l'édit sont assez complexes. Son premier chef, pour employer l'expression traditionnelle, défend à la veuve convolant en secondes nocés de donner à son nouveau conjoint, sur ses biens meubles ou immeubles, plus d'une part d'enfant (2) ; pour que cette disposition de l'édit s'applique, il faut donc que la veuve ait des enfants ou des petits-enfants qui les représentent ; la veuve sans enfants est entièrement libre (3). Il ne s'agit pas, en effet, d'entraver par une disposition impérative des mariages vénaux, mais seulement de protéger les enfants du premier lit contre des libéralités excessives. L'édit ne visait *in terminis* que la veuve, statuant sur le cas le plus fréquent et sous l'influence d'un scandale causé par une veuve ; mais les arrêts l'étendirent au veuf remarié, selon le système romain et par évidente identité de raisons (4). Le second chef de l'édit, également étendu aux veufs par la jurisprudence des Parlements, défend, en outre, à la veuve, de donner à son second conjoint quoique ce soit des biens provenant des libéralités de son premier conjoint (5).

L'édit s'appliqua à Paris comme ailleurs ; mais certaines de ses dispositions furent modifiées lors de la réformation de la coutume, en 1580 (6), en sorte que l'on suivait à Paris, en la matière,

(1) V. Brissaud, p. 1072-1073 ; Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 585-593. — Le texte de l'édit est reproduit notamment par Ferrière, III, pages 1405 et s., qui l'accompagne d'un commentaire très étendu.

(2) Ferrière, III, p. 1407.

(3) Cette disposition fut reproduite par l'art. 279 de la N. C., *in fine*.

(4) Ferrière, III, pp. 1409-1410, qui considère d'ailleurs cette extension comme contraire à la lettre et à l'esprit de l'édit.

(5) Ferrière, III, p. 1435 et s. ; sur l'extension aux hommes du second chef, v., par exemple, le témoignage de Bourjon, II, p. 197, n° 5.

(6) L'art. 279 fut proposé par le second projet, divisé en trois articles et admis comme coutume nouvelle : *Mss. de Simon Marion*, p. 88.

un régime spécial et à certains égards plus sévère encore que le système de l'édit. Le second chef de l'édit, relatif aux libéralités du premier conjoint, continuait à être appliqué sans modification : tous les gains nuptiaux, donations, douaire sans retour, préciput, étaient considérés comme substitués légalement aux enfants du premier lit, en sorte que le conjoint survivant n'en pouvait aucunement disposer en son second mariage ; les enfants y avaient droit comme enfants et non comme héritiers (1). Mais l'art. 279 de la N. C. précisait et aggravait les dispositions du premier chef de l'édit. Il introduisait une distinction entre les biens propres et acquêts qui appartenaient à la femme (2) et les conquêts provenus de la première communauté. Sur la première catégorie, il permettait seulement une libéralité n'excédant pas une part d'enfant le moins prenant, selon le système de l'édit ; pour calculer cette part, on ajoutait le second conjoint aux enfants existant du premier et du second lit et l'on déduisait, de la part ainsi obtenue, sa part virile dans les dettes ; les legs diminuaient aussi cette part, mais sans pouvoir la réduire au-dessous d'une légitime d'enfant (3).

La nouveauté consistait dans le traitement réservé aux conquêts de la première communauté : la coutume interdisait à la veuve d'en disposer au préjudice des enfants du premier lit, mais stipulait que les enfants du second lit y pouvaient succéder avec leurs frères. On ne pouvait donc les assimiler entièrement aux gains nuptiaux qui, d'après le second chef de l'édit, étaient substitués aux enfants du premier lit et, par suite, échappaient entièrement à la veuve quant à la disposition. La doctrine hésita longtemps, ainsi que la jurisprudence, sur la signification exacte de cette disposition de la coutume. Bourjon (4) proposait d'y voir une réserve coutumière au profit des enfants des deux lits, mais une réserve d'un genre très spécial, car elle portait sur la totalité des conquêts à l'égard du second conjoint et des enfants du second lit, mais, à l'égard des autres donataires, elle ne portait que sur les parts viriles afférant aux enfants du premier lit. La veuve pouvait donc les aliéner à titre onéreux ou les charger de

(1) Sur tous ces points, Bourjon, II, p. 197, nos 2 et s. ; p. 201, nos 19 et s. ; p. 205, nos 39 et s.

(2) Malgré ces expressions, on entendait par là sans difficulté tous les biens meubles ou immeubles de la femme, selon le texte de l'édit, à la seule exclusion des conquêts de la première communauté ; Bourjon, II, p. 226, n° 1.

(3) Voyez à cet égard les longs développements de Bourjon, II, p. 228, nos 11 et s.

(4) *Droit commun de la France*, II, p. 212, nos 1-2 ; p. 215, n° 10 ; p. 217, n° 19.

dettes, ce qu'elle ne pouvait faire en ce qui concerne les gains nuptiaux. D'autre part, les enfants du premier lit ne pouvaient obtenir cette réserve qu'en se portant héritiers, tandis qu'ils avaient droit, comme enfants, aux gains nuptiaux.

Il semble bien qu'en définitive la jurisprudence se rallia aux idées de Bourjon, qui s'appuyaient sur la lettre de l'art. 279 et l'esprit général de la coutume. Par deux arrêts, en date des 8 et 21 juillet 1731, le Parlement décida que l'art. 279 ne créait pas une véritable substitution, mais une simple institution légale enlevant seulement au conjoint remarié le droit de disposer des conquêts à titre gratuit (1). Le Châtelet annulait pour le tout les libéralités faites sur ces conquêts en faveur du second conjoint ou des enfants du second lit ; il ne permettait même pas à la seconde femme d'y percevoir son douaire coutumier (2). Mais les enfants du second lit y succédaient, en concurrence avec ceux du premier lit, et tous devaient contribuer aux dettes successorales (3).

L'art. 279, comme l'édit des secondes noccs, par une négligence de rédaction assez singulière, ne parlait que de la veuve. On généralisait sans hésitation sa première disposition qui concordait en somme avec le premier chef de l'édit. On discuta davantage au sujet de la disposition relative aux conquêts, qui aggravait encore les sévérités de l'édit ; la doctrine était très opposée à son extension au mari veuf (4). Mais la jurisprudence ne se laissa pas arrêter par de tels scrupules. On reconnaissait pourtant que l'art. 279, exorbitant du droit commun, ne devait pas être étendu aux coutumes muettes (5). Il est permis de penser, en effet, qu'il avait raffiné assez inutilement sur les dispositions déjà complexes de l'édit en créant une situation juridique un peu indécise entre les gains nuptiaux, franchement substitués aux enfants du mariage, et les biens personnels de l'époux, dont il ne pouvait disposer qu'à concurrence d'une part d'enfant.

(1) Bourjon, II, p. 218, n° 22, note due à l'annotateur de l'édition de 1770.

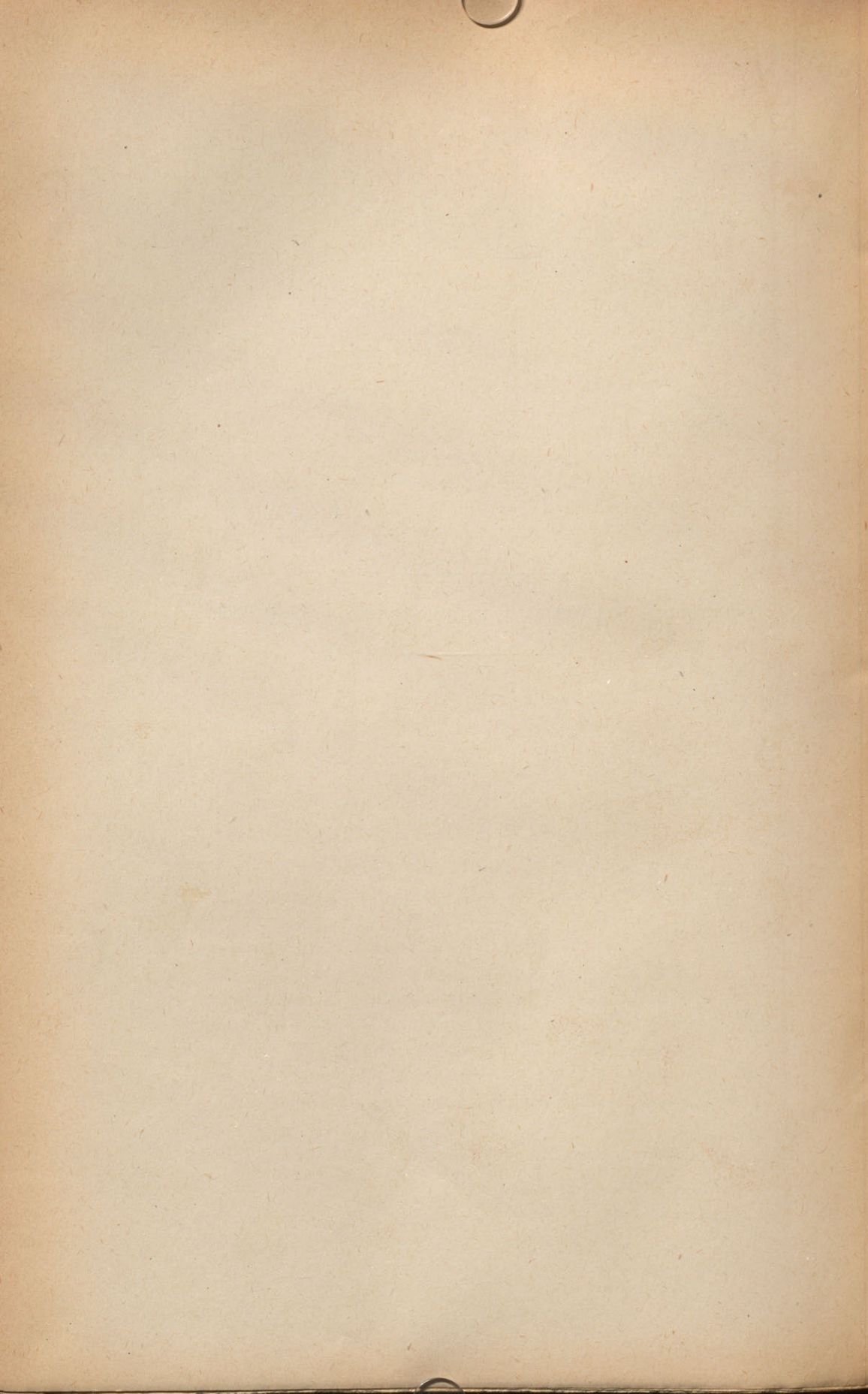
(2) Bourjon, II, p. 218, nos 23 et s. ; p. 223, n° 43.

(3) *Ibidem*, II, p. 217, n° 19 ; Bourjon, II, p. 216, n° 11, relève encore qu'il y a accroissement entre les enfants des différents lits dans la succession à ces conquêts, tandis que, pour les gains nuptiaux, l'accroissement a lieu seulement entre enfants du même lit, selon l'usage inviolable du Châtelet.

(4) Ferrière, III, p. 1456, nos 4 et s. ; Bourjon, II, p. 214, n° 5 : *il est bien rigoureux de dépouiller un homme du fruit de son travail et d'étendre un droit exorbitant et une peine d'une personne à un autre, contre la lettre de cette même loi qui ne parle que de la femme*. Ces deux auteurs constatent que la jurisprudence est bien établie dans le sens de l'extension.

(5) Bourjon, II, p. 212, n° 3.

ROCHEFORT. — IMPRIMERIE A. THOYON-THÈZE. — 550-2-1926.



ÉDITIONS ERNEST LEROUX

28, RUE BONAPARTE, 28 — PARIS (VI^e)

BIBLIOTHÈQUE DE L'INSTITUT D'HISTOIRE, DE GÉOGRAPHIE ET D'ÉCONOMIE URBAINES DE LA VILLE DE PARIS

Paris sous les premiers Capétiens, par L. HALPHEN. In-8^o,
fig. et album in-4^o de 11 planches..... 23 fr.

L'Industrie de la Boucherie à Paris pendant la Révolution,
par HUBERT BOURGIN. In-8^o..... 10 fr.

**La Juridiction de la Municipalité Parisienne, de Saint
Louis à Charles VII**, par GEORGES HUISMAN. In-8^o..... 18 fr.

**Journal de François de Paris, 23 décembre 1588-30 avril
1589**, par EUGÈNE SAULNIER. In-8^o..... 7 fr. 50

Répertoire des Sources manuscrites de l'Histoire de Paris,
publié sous la direction de M. MARCEL POÈTE, Inspecteur des Tra-
vaux historiques, Conservateur de la Bibliothèque de la Ville de
Paris. — Dépouillement d'Inventaires et de Catalogues, effectué
par les soins du Service Historique, mis en ordre et publié par
ETIENNE CLOUZOT. Tomes I, II et III. 3 volumes in-8^o.. 117 fr.

Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris,
par OLIVIER MARTIN. T. 1^{er}, in-8^o..... 30 fr.

Procès-verbaux de la Commune de 1871, par GEORGES
BOURGIN et GABRIEL HENRIOT. T. 1^{er}, in-8^o..... 45 fr.

HISTOIRE DES COMMUNES ANNEXÉES A PARIS EN 1859

I. **Bercy**, par LUCIEN LAMBEAU. In-4^o, planches et
plans..... 20 fr.

II. **Vaugirard**, par LUCIEN LAMBEAU. In-4^o, planches
et plans..... 25 fr.

III. **Grenelle**, par LUCIEN LAMBEAU. In-4^o, planches et
plans..... 20 fr.

IV-V. **Charonne**, par LUCIEN LAMBEAU. 2 vol. in-4^o, plan-
ches et plans, tomes I et II..... 25 fr.

VI. **La Chapelle Saint-Denis**, par LUCIEN LAMBEAU.
In-4^o, planches et plans..... 35 fr.

